Über

Besitz- und Eigentumserwerb

im Falle der Versendung nach geltendem Rechte.

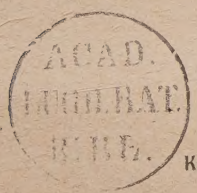
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät an der Universität Rostock



vorgelegt von

Curt Frommer,
Kammergerichts-Referendar in Berlin.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0124

Meinen Eltern.

Übersicht.

Einleitung: Natur und Arten des Beförderungsvertrages.

A. Der Besitzerwerb im Falle der Versendung.

I. Durch Boten.

1. Im allgemeinen (Bote und Stellvertreter, Anwendbarkeit der Begriffe auf das Gebiet des Besitzerwerbes.)
2. Der Bote des Empfängers.
3. Der Bote des Absenders.
4. Die Kriterien für die Botennatur der Mittelsperson.

II. Durch die Post.

1. Im allgemeinen (Natur und Arten der Verträge der Post, Formulierung der Besitzfrage.)
2. Die Beförderungsverträge.
   a) Briefsendungen.
      α) im allgemeinen,
      β) insbes. die Holsendungen,
   b) Paketsendungen,
   c) das Postanweisungsgeschäft.
3. Der Debit.

III. Auf Grund handelsrechtlicher Frachtverträge.

1. Das Landfrachtgeschäft.
   a) das gewöhnliche,
      Anhang: Das Verfolgungsrecht,
   b) das Eisenbahnfrachtgeschäft.
2. Die Frachtgeschäfte auf dem Wasserwege.
   a) das Seefrachtgeschäft,
      α) ohne Ausstellung eines Konnossements,
      β) mit Ausstellung eines Konnossementes,
         αα) vor dessen Weiterbegebung,
         ββ) nach dessen Weiterbegebung,
            ααα) an einen dadurch Legitimierten,
            βββ) an einen dadurch nicht Legitimierten.
   b) das Flußfrachtgeschäft.

B. Der Eigentumserwerb im Falle der Versendung.

I. Im allgemeinen.

II. Die Einigung ist vor Beginn der Versendung erfolgt.

III. Die Einigung ist der Versendung nicht vorausgegangen

Litteratur.

Biermann, Sachenrecht, 1903.

Boyens, Emil, Das deutsche Seerecht; auf Grund des Kommentars des Dr. William Lewis; 1901.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1900.

„ „ Lehrbuch des Handelsrechtes, 1903.

Dambach, Otto, Das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches, 1901.

Dernburg, Heinrich, Das Bürgerliche Recht, Band 1 und 3.

„ „ Pandekten 1900, Band 1.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1902.

Eger, Georg, Das deutsche Frachtrecht, 1881.

„ Otto, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Erlanger Inaug.-Diss. 1900.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes.

Fleck, Ernst, Der Bote, in Kohlers Archiv, Band 15.

Frank, C., Der Besitzwille nach BGB., 1898.

Glünicke, in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 35, S. 317 f.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, Bd. 1, 1868.

Günther, Kurt, Das Frachtbriefduplikat nach Eisenbahnfrachtrecht. Rostocker Inaug.-Diss. 1903.

v. Hahn, Friedrich, Kommentar zum Allgem. deutschen Handelsgesetzbuche, 1875—83.

Heckhausen, Bedeutung und Wirkung des Frachtbriefes. Freiburger Inaug.-Diss. 1900.

Heinrichs, Richard, Besitzerwerb u. Besitzerhaltung durch Stellvertreter. Rostocker Inaug.-Diss. 1900.

Hellwig, Konrad, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Hertzer, Handkommentar zur Eisenbahnverkehrsordnung, 1902.

Hogrewe, Ludwig, Das selbständige Klagrecht des Adressaten einer Postsendung. Göttinger Inaug.-Diss. 1895.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerl. Rechte.

Kohler, Joseph, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.

Kuhlenbeck, Das Bürgerl. Gesetzbuch, 1898, Band 1.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, 1902, Band 2.

Lewis, William, Das deutsche Seerecht, 1883, Bd. 1.

Planck, Das Bürgerl. Gesetzbuch, Band 3.

Regelsberger, in Iherings Jahrbüchern, Band 44.

v. Sárwey-Boßert, Konkursordnung, 1901.

Schaps, Georg, Das deutsche Seerecht, 1903.

Schmidt, Paul, Das Recht des Empfängers einer Postsendung gegen die Post auf Auslieferung. Tübinger Inaug.-Diss. 1898.

Schmidt-Scharff, Adolf, das Warenpapier beim See- und Binnentransport. Göttinger Inaug.-Diss. 1887.

Schott, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Band 3, 1885.

Schröder, Richard, Der Eigentumsübergang bei versendeten Sachen, in Goldschmidts Zeitschrift, Band 51, S. 39 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 1900.

Tinsch, in Gruchots Beiträgen, Band 35.

Walter, Karl, Über den Anspruch des Adressaten eines Geldbriefes oder einer Postanweisung gegen die Post auf Auslieferung. Erlang. Inaug.-Diss. 1900.

Abkürzungen.

BGB.: Bürgerliches Gesetzbuch.
BSchG.: Binnenschiffahrtsgesetz.
Cosack, BR.: Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes.
Cosack, HR.: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Dernburg, BR.: Dernburg, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes.
Dernburg Pand.: Dernburg Pandekten.
HGB.: Handelsgesetzbuch.
KO.: Konkursordnung.
P. Ges.: Postgesetz.
PO.: Postordnung.
ROHG: Reichs-Oberhandelsgericht.
VO.: Eisenbahnverkehrsordnung.
WO.: Wechselordnung.

Die Versendung geht dadurch vor sich, daß jemand auf Geheiß eine Sache von einem anderen zu einem Dritten bringt. Es kommen also drei Personen in Betracht: Der Absender, die Mittelsperson, der Empfänger. Zur Herbeiführung der Versendung ist zwischen der Mittelsperson und einem der beiden anderen, ihrem Herrn, stets ein Vertrag erforderlich, infolge dessen sie die Überbringung übernimmt, mag sie sich nun dem Absender gegenüber zur Übermittlung an den Empfänger oder diesem gegenüber zur Abholung beim Absender verpflichtet haben. Ohne diesen Vertrag kommt eine Versendung nicht zu stande. Ein Vertrag zwischen den beiden anderen, dem Absender und dem Empfänger, ist dagegen nicht unbedingt erforderlich.

Sollen nun im Folgenden die Wirkungen betrachtet werden, die die Versendung auf den Erwerb des Besitzes und Eigentumes ausübt, so muß ein giltiger Vertrag vorausgesetzt werden, auf Grund dessen das Gut von der Mittelsperson befördert wird. Dieser Beförderungsvertrag charakterisiert sich regelmäßig als Werkvertrag, nur wenn sich die Mittelsperson nicht zur Herbeiführung des Erfolges der Versendung, sondern bloß zur Mühewaltung in dieser Richtung verpflichtet hat, als Dienstvertrag.

Ich gehe von dem Regelfalle aus. Durch den Beförderungsvertrag übernimmt die Mittelsperson zunächst die Verpflichtung zur räumlichen Übermittlung, der eigentlichen Beförderung, die sich in den Transport — unterwegs — und die Ablieferung — am Bestimmungsorte — einteilen läßt. Andererseits aber liegt ihr für die Zeit, während deren sie den versandten Gegenstand in Händen hat, die Pflicht der Verwahrung ob. Diese dreifache Verpflichtung der Mittelsperson bildet den Inhalt des Beförderungsvertrages.

Was die Wirkung der Versendung auf den Übergang des Besitzes und des Eigentumes angeht, so wird sie wesentlich beeinflußt durch die Stellung der Mittelsperson zu ihrem Herrn und dem Dritten, und diese wieder richtet sich nach der verschiedenen Gestalt, die der Beförderungsvertrag annehmen kann. Wenn sich auch jene dreifache Verpflichtung stets in ihm wiederfindet, so modifiziert er sich doch ganz erheblich, je nach der Persönlichkeit der Mittelsperson. Anders sind die Wirkungen, wenn die Versendung durch einen Boten geschieht, für den nur die Regeln des bürgerlichen Rechtes Anwendung finden, anders, wenn die Post sie nach Maßgabe des für sie geltenden besonderen Rechtes übernimmt, anders, wenn sie auf Grund eines handelsrechtlichen Frachtvertrages von einem gewöhnlichen Frachtführer, der Eisenbahn oder einem Verfrachter ausgeführt wird.

Gegenstand der folgenden Untersuchung soll nun die Darlegung sein, wie sich in diesen verschiedenen Fällen zunächst die Besitz- und danach die Eigentumsverhältnisse an der versandten Sache gestalten.

A.

Der Besitzerwerb im Falle der Versendung.

I. Durch Boten.

1. Im allgemeinen.

Dernburg[1] definiert den Boten als die Person, welche die räumliche Übermittlung der Willenserklärungen des Geschäftsherrn übernommen hat.

Das BGB. kennt den Ausdruck Bote nicht Daß ihm aber der Begriff nicht fremd ist, zeigt § 120, der von einer zur Übermittlung einer Willenserklärung verwendeten Person spricht. Es ist dies die einzige Stelle des BGB., aus der sich die Existenz des Boten im heutigen Rechtsleben ausdrücklich ergibt. Der Rückschluß auf sie ist auch durch die Einführung des Begriffes „Vertreter" geboten, welcher im Systeme des BGB. notwendig durch das Vorhandensein seines Gegenteiles, des Begriffes „Bote", bedingt ist. Wollen wir leitende Gesichtspunkte für die rechtliche Behandlung des Boten finden, so kann dies nur mittels Folgerung durch Analogie oder argumentum e contrario aus den Sätzen geschehen, die das BGB. für die dem Boten am nächsten stehenden Begriffe formuliert hat.

1) BR. Band I., S. 470.

Der Bote fungiert bei der Übermittlung von Willenserklärungen anderer Personen; seine Tätigkeit geht dahin, den Willen anderer in der Außenwelt in Erscheinung treten zu lassen. Er gibt Dritten gegenüber eine fremde Willenserklärung ab. Damit steht er dem Vertreter nahe; durch diesen abgegebene Willenserklärungen sind auch bestimmt, für andere zu wirken. Bote und Vertreter haben demnach gemein, daß sie beide für andere tätig werden, daß durch ihr Handeln ein anderer berechtigt oder verpflichtet wird. Sie unterscheiden sich aber dadurch: sollen auch die vom Vertreter abgegebenen Willenserklärungen für und gegen den von ihm Vertretenen wirken, so sind sie doch Willenserklärungen des Vertreters selbst; er erklärt seinen eigenen Willen mit Wirkung für andere, während die vom Boten manifestierten Willenserklärungen überhaupt nicht ihm angehören, sondern schlechthin Willenserklärungen seines Herrn sind. Daraus folgt: eine Person, die Willenserklärungen mit Wirkung für einen anderen äußert, kann entweder Bote oder Vertreter sein, je nach dem, ob der von ihr erklärte Wille ihr eigener oder ein fremder ist.

Woran erkennt nun der mit ihr abschließende Dritte, ob sie Vertreter, Bote oder gar Selbstkontrahent ist? Er hält sich gemäß § 164 Abs. 2 an ihr äußeres Auftreten. Gibt ein Vertreter den Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht kund, so kann der Dritte, ohne einen Schaden befürchten zu müssen, ihn stets als Selbstkontrahenten behandeln; andernfalls gilt er ihm gegenüber als Vertreter. Analog[2] ergibt sich für den Boten: tritt er

2) Den Gedanken dieser Analogie entlehne ich Ernst Fleck, „Der Bote" in Kohlers Archiv, Band 15, S. 337 ff.

deutlich als solcher nach außen auf, so gilt er als Bote; anderenfalls muß er sich gefallen lassen, als Vertreter oder auch als Selbstkontrahent angesehen zu werden. Das kann wichtige Folgen haben, wie sich daraus ergibt, daß für das Wollen und Wissen unter Umständen die Person des Vertreters, nicht die des Vertretenen maßgebend ist, eine entsprechende Anwendung dieser Regel bei der Verwendung eines Boten aber schlechthin unmöglich ist. Denn er steht zu dem Inhalte der von ihm überbrachten Willenserklärung in gar keiner Beziehung er braucht den Inhalt nicht einmal zu kennen.

Bote und Vertreter sind, wie sich aus §§ 120, 164 ergibt, Begriffe, die Verwendung finden bei der Abgabe von Willenserklärungen, und zwar solcher, die zur Ausgestaltung von rechtlichen Beziehungen dienen sollen. Von Boten oder Vertreter kann man also nur sprechen, wenn es sich um die Vornahme von Rechtsgeschäften handelt. Im Folgenden soll nun untersucht werden, wie sich der Besitzerwerb durch Boten gestaltet.

Kann es denn aber, wenn man durch eine andere Person Besitz erwirbt, überhaupt in betracht kommen, ob diese Bote oder Vertreter ist? Sind die Wirkungen verschieden, je nach dem, ob die für einen anderen Besitz erwerbende Person Bote oder Vertreter ist? Der Gegensatz dieser beiden Begriffe ist, wie wir gesehen haben, von Bedeutung, wo es sich um Vornahme von Rechtsgeschäften handelt, und zwar solcher, deren Wirkungen in der Person eines anderen als des tatsächlich Handelnden eintreten sollen. Auf dem Gebiete des Besitzerwerbes kann ein Unterschied zwischen Bote und Vertreter also nur bestehen, wenn Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft ist.

Das BGB. kennt zweierlei Besitz: den unmittelbaren und den mittelbaren. Beide Arten können wir unter Verwendung anderer Personen erwerben. Ist nun Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft, so ist es für die Frage, welche Art Besitz uns die für uns tätig werdende Person erwirbt, ganz gleichgültig, ob diese Bote oder Vertreter ist. Denn dann gehören diese beiden Begriffe einem ganz anderen Gebiete an. Es macht dann für den Besitzerwerb keinen Unterschied aus, ob die Person, durch welche wir Besitz erwerben, auf anderen Gebieten als unser Vertreter oder als unser Bote angesehen wird, es kommt hier vielmehr nur auf den Gegensatz zwischen Besitzdiener und Besitzmittler an. Wird die Person, die für uns Besitz erwirbt, als Bote oder als Vertreter bezeichnet, so ist damit über den erworbenen Besitz noch nichts gesagt. Ein „Bote" oder ein „Vertreter" kann dann als solcher überhaupt keinen Besitz für einen anderen erwerben, sondern nur Personen, die entweder Besitzdiener oder Besitzmittler sind.

Ganz anders, wenn der Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft ist. Hier treten die Begriffe Bote und Vertreter einerseits und Besitzdiener und Besitzmittler andererseits in Beziehung zu einander.

Vor weiteren Erörterungen muß also zu der sehr bestrittenen Frage Stellung genommen werden, ob der Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft ist. Jedoch ginge es weit über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus, hier die umfangreiche Kontroverse über die Rechtsnatur des Besitzerwerbes aufzurollen und zu entscheiden. Es genüge deshalb an dieser Stelle die Erklärung, daß m. E. die obige Frage zu bejahen ist. Dieser Standpunkt wird

den folgenden Erörterungen zu Grunde gelegt. Die Begriffe „Bote“ und „Vertreter“ [3] sind demnach für den Fall des Besitzerwerbes durch andere verwendbar und müssen auch hier entsprechend den zwischen ihnen obwaltenden Unterschieden verschiedene Wirkungen hervorrufen.

Soll nun im Folgenden der Hergang des Besitzerwerbes durch einen Boten im einzelnen dargestellt werden, so ist zu unterscheiden, wer der Herr des Boten ist, der bisherige Besitzer, der den Besitz an dem Gegenstande der Versendung übertragen will, oder die Person, welche den Besitz erwerben soll, ob also der Bote für den Absender oder den Empfänger tätig wird.

2. Der Bote des Empfängers.

Wie der Empfänger durch einen von ihm gesandten Boten Besitz erwirbt, wird sich am besten an der Hand eines Beispieles darstellen lassen: ich schicke einen anderen in einen Laden, um eine bestimmte Sache zu einem bestimmten Preise für mich zu kaufen und mir zu überbringen Eigene Entschließungen des Betreffenden kommen hier in keiner Weise in Betracht, auch sein äußeres Auftreten soll keinen Zweifel an seiner Botenqualität aufkommen lassen. Er tut zu den Erklärungen, die er auf mein Geheiß abzugeben hat, nichts von seinem eigenen Willen hinzu. Daß er hingeht und sie abgibt, darin äußert er natürlich eigenen Willen, — denn er handelt nicht bewußtlos, — doch bezieht sich dieser nur

3) Abw. Heinrichs, Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. S. 43.

auf die tatsächliche Äußerung und modifiziert den Inhalt der abgegebenen Erklärungen in keiner Richtung.

Der Hergang bei der Abgabe der Kauferklärung ist nun folgender: Der Bote gibt die Erklärung ab dadurch, daß er Worte sagt; die Worte sind seine eigenen, die Erklärung ist die seines Herrn. Sie sind also ihrem Inhalte nach Worte des Herrn, wirken für dessen Person, als hätte er sie gesprochen. Der durch sie abgeschlossene Kaufvertrag ist ein Vertrag des Herrn, er allein wird berechtigt und verpflichtet. Nun kommt der Bote zu dem anderen Teile seiner übernommenen Verpflichtung: er läßt sich die durch ihn von seinem Herrn gekaufte Sache aushändigen, nimmt, erwirbt die tatsächliche Gewalt. Die erste Erklärung bestand aus Worten, die zweite besteht in der Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Die Wirkung jener Worte war der Abschluß des Kaufvertrages, die Wirkung der Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist der Erwerb des Besitzes. Wie dort der Herr allein berechtigt und verpflichtet wurde, so muß er hier allein Besitz erwerben, ohne daß die Rechtslage des Boten selbst sich irgendwie ändert.

Aber nach der Vorschrift des § 854 Abs. 1 erwirbt, wer die tatsächliche Gewalt erlangt hat, selbst eigenen unmittelbaren Besitz; der Herr könnte daneben eventuell mittelbaren nach § 868 erhalten. Hier hat der vermeintliche Bote selbst Besitz erworben; da ja Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft ist, also ohne den Willen des Erwerbenden[4] nicht vor sich gehen kann, so hat er hier, weil eigenen Besitz erworben, auch eigenen Willen ge-

4) Dernburg, Pand. Band 1, S. 210

äußert. Damit hat er aufgehört, Bote zu sein, und ist, da er eine eigene Willenserklärung mit Wirkung für einen anderen abgegeben hat, zum Vertreter geworden.

Er wäre Bote geblieben, wenn er durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt nicht kraft der positiven Vorschrift des § 854, Abs. 1 Besitz erworben hätte. Eine Ausnahme von der Regel des § 854 Abs. 1 in der Richtung, daß eine Person, die die tatsächliche Gewalt erlangt hat, trotzdem dadurch keinen Besitz erwirbt, statuiert das Gesetz selbst in § 855 für den Fall, daß der Inhaber der tatsächlichen Gewalt im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte eines anderen angestellt ist oder zu ihm in einem Verhältnisse steht, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Demnach kann man durch einen Boten nur in dem einen Falle Besitz erwerben, daß der Bote zu dem Geschäftsherrn in dem in § 855 bezeichneten Verhältnisse steht. Dieser Satz gilt gleichmäßig für alle Personen, mögen sie garnicht, beschränkt oder voll geschäftsfähig sein.[5]

3. Der Bote des Absenders.

Zu einem entsprechenden Resultate gelangen wir, wenn wir uns nunmehr der Versendung durch einen Boten des Absenders zuwenden. Hier ist der Herr des Boten nicht der Besitzerwerbende, sondern die Person, welche ihren Besitz überträgt.

---

5) Übereinstimmend Regelsberger für das gemeine Recht, „Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen" in Jhering's Jahrbüchern Band 44, in seinem Beispiele auf S. 394.

Von den Verlustgründen des Besitzes kann hier nur das Aufgeben des § 856 BGB. in Frage kommen. Aufgeben bedeutet im Gegensatze zu dem anderweitigen Verlieren ein Sich-entäußern, eine bewußte und gewollte Vernichtung der bislang bestehenden tatsächlichen Gewalt; es wohnt ihm begrifflich das Willensmoment inne. Wer also aufgibt, äußert damit einen Willen, gibt eine Willenserklärung ab. An diese knüpfen sich rechtliche Folgen, eine Neuordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden tritt ein. Wir haben es also auch hier mit einem Rechtsgeschäfte zu tun, mit dem contrarius actus der Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Der Absender händigt seinem Boten die zu übersendende Sache aus zur Hingabe an den Empfänger.

Der Bote führt nun den ihm gewordenen Befehl aus, ohne zu seinem Inhalte irgend etwas hinzuzutun; er liefert die Sache an den Empfänger ab, gibt die tatsächliche Gewalt auf. Die Wirkung der Aufgabe der tatsächlichen Gewalt ist der Verlust des Besitzes. Auch hier muß sich durch die in dem Aufgeben erfolgte Erklärung allein eine Änderung in der Rechtsposition des Herrn vollziehen, ohne daß die des Boten dadurch in irgend einer Richtung berührt wird. Aber nach der Vorschrift des § 854, Abs 1 hat ja der Bote durch die Aushändigung der Sache seitens seines Herrn selbst Besitz erworben. Durch die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt bei der Ablieferung an den Empfänger hat er seinen eigenen unmittelbaren Besitz vernichtet, der Herr büßt dadurch nur den ihm nach der Aushändigung an den Boten verbliebenen mittelbaren Besitz ein.

Der vermeintliche Bote hat eine Willenserklärung mit Wirkung für sich selbst vorgenommen, ein eigenes Rechtsgeschäft vollzogen und damit eigenen Willen geäußert, wodurch er gewisse Änderungen in der Rechtslage des Geschäftsherrn herbeigeführt hat. Er hat hier also nicht als Bote, sondern als Vertreter gehandelt. Daß er durch Aufgeben der tatsächlichen Gewalt den Besitzstand nur des Herrn ändert, ist auch allein in dem Falle möglich, daß er durch die Aushändigung der Sache an ihn keinen Besitz erwirbt, d. h. im Falle des § 855.

4. Die Kriterien für die Botennatur der Mittelsperson.

Ob also diejenige Person, durch welche ein anderer Besitz erwirbt, hinsichtlich des Besitzerwerbes als Bote anzusehen ist, ergibt sich aus dem inneren Verhältnis zwischen ihr und dem dominus negotii. Ob dagegen eine Person, die sonstige Willenserklärungen mit Wirkung für einen anderen abgibt, als Bote gilt, richtet sich nach ihrem äußeren Auftreten gegenüber dem Dritten, wie sich aus der Analogie zu den für den Vertreter geltenden Regeln ergab (§ 164, Abs. 2). Woher diese Zwiespältigkeit?[6]

Die Rechtsordnung macht diesen Unterschied offenbar utilitatis causa, und zwar aus folgenden Gründen.

Insbesondere bei obligatorischen Geschäften hat der Dritte ein großes Interesse an der Kenntnis, ob die

6) Fleck a. a. O., kommt, wenn auch auf Grund einer anderen Ableitung, zu dem gleichen Unterschiede, unterläßt aber eine Gegenüberstellung.

Person, die ihm in contrahendo gegenübersteht, Bote oder Vertreter ist. Denn die Person des Boten bleibt für die rechtliche Gestaltung der Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten völlig außer betracht; der Bote ist in dem oben benutzten Beispiele gleichsam nur das Sprachrohr, durch das die Worte des Geschäftsherrn im Laden des Verkäufers verlautbart werden.

Dagegen ist der Vertreter selbst von Bedeutung: er muß mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit besitzen (§ 165), und seine Person ist für die aus „Willensmängeln, Kenntnis und Kennenmüssen" eventuell abzuleitenden Rechte allein maßgebend, mit der einen Einschränkung, daß der bösgläubige Geschäftsherr nicht aus der bona fides seines Vertreters Nutzen ziehen kann (§ 166).

Kennt die beim Kaufabschlusse verwendete Mittelsperson Mängel der Sache und ist sie Bote, so bleibt dem Herrn die Geltendmachung der ädilizischen Ansprüche erhalten, nicht dagegen, wenn sie Vertreter ist. Die Sicherheit des Dritten verlangt also notwendig, daß, soweit die Botennatur der mit ihm abschließenden Mittelsperson ihm gegenüber in Frage kommt, sie aus Umständen beurteilt werden muß, die seiner Wahnehmung zugänglich sind.

Dem Dritten aber wird es regelmäßig ganz gleichgültig sein,[7] ob die Person, der er die Sache aushändigt, selbst Besitz daran erwirbt, und ob der dominus negotii, für den die Mittelsperson tätig wird, mittelbarer oder

7) Fleck, a. a. O., S. 375.

unmittelbarer Besitzer wird. Deshalb nimmt das Gesetz bei Aufstellung der Regeln über den Besitzerwerb auf den Dritten keine Rücksicht, sondern ist auf den Schutz der hier interessierten Personen bedacht.

Da ist zunächst die Mittelsperson selbst. Zu ihren Gunsten mit gilt der Satz, daß sie mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt auch den Besitz erwirbt, so daß sie alle Besitzschutzmittel zu ihrer Verfügung hat. Andererseits verlangt aber auch der Geschäftsherr Berücksichtigung, und wo seine Schutzbedürftigkeit überwiegt, muß die Mittelsperson zurücktreten. So ist es in eben dem Falle, daß die Mittelsperson in dem Verhältnis des § 855 zu dem Geschäftsherrn steht.

Denn der Herr könnte dem ihm kontraktlich und wirtschaftlich Unterstellten gegenüber, in eine schiefe Lage kommen, wenn dieser hinsichtlich der in seiner tatsächlichen Gewalt befindlichen Sachen des Herrn gegen ihn den ganzen Apparat des Besitzschutzes in Tätigkeit setzen könnte. Die Hausfrau könnte gegenüber der Köchin, die ihr Wirschaftsgerät vorenthält, der Kaufmann gegenüber seinem Lehrlinge, der ihm ein wichtiges Handelsbuch nicht überlassen will, keine Gewalt anwenden, ohne dadurch fehlerhaften Besitz zu erlangen, sondern müßte sich durch einen Prozeß zu helfen suchen. Der Aufrechterhaltung geordneter Zustände wäre auf diese Art schlecht gedient. Im Interesse des Herrn versagt daher hier das Gesetz der Mittelsperson den Besitz und seine Schutzmittel.[8]

Aus diesen Gründen also statuiert das Gesetz den

---

8) Nur den Selbstschutz räumt es ihr gegenüber der verbotenen Eigenmacht dritter ein, womit ja zugleich dem Interesse des Herrn gedient ist.

Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den Herrn nur in den Fällen, in denen die Mittelsperson zu ihm im Verhältnis des § 855 steht. Und damit macht es von dem Bestehen eines solchen inneren Verhältnisses die Antwort auf die Frage abhängig, ob im konkreten Falle die Mittelsperson als Bote anzusehen ist oder nicht.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich das Resultat, daß der mittels eines Boten erworbene Besitz stets ein unmittelbarer sein muß. Und da wir durch Vermittlung einer anderen Person unmittelbaren Besitz nur in dem Falle erwerben können, daß diese zu uns in einem Verhältnis der in § 855 bezeichneten Art steht, so ist dieser Fall zugleich der einzige eines Besitzerwerbes durch Boten überhaupt.

II. Durch die Post.

1. Im allgemeinen.

Dernburg[9] subsumiert unter den Begriff „Bote" auch die Post. Und mit Recht. Denn auch die Post übernimmt nur die räumliche Übermittlung der Erklärungen des Absenders, ohne ihren Inhalt zu beeinflussen. Was aber die Besitzübertragung anbelangt, welche die Post in Erfüllung ihrer im Beförderungsvertrage übernommenen Verpflichtung zur Ablieferung auszuführen hat, so fungiert sie hier nicht als Bote. Denn da sie nicht Besitzdiener

9) B. R. Band 1, S. 470.

des Absenders wird durch Eingehung des Beförderungsvertrages, erwirbt sie selbst Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB. an den ihr überlieferten Sachen und überträgt somit ihren eigenen unmittelbaren Besitz auf den Empfänger.

Daß die Verträge, welche die Post mit dem Publikum eingeht, dem Privatrechte angehören, daß sie selbst als privatrechtliche Person kontrahiert, kann heute als allgemein anerkannt gelten. Die früher viel umstrittene Ansicht, die Post sei Kaufmann und ihre Geschäfte unterlägen dem HGB., ist durch §§ 452 und 663 des neuen HGB. für das geltende Recht abgelehnt worden. In erster Linie gilt daher heute für die Beurteilung der postalischen Rechtsverhältnisse das BGB., daneben das Postgesetz vom 28. Okt. 1871 und die Reichspostordnung vom 20. März 1900, die auf Grund des § 50 PGes. als lex contractus zwischen Post und Absender erlassen ist.

Die Verträge der Post, die es mit einer räumlichen Übermittlung von Sachen zu tun haben, lassen sich je nach ihrem Gegenstande in vier verschiedene Gruppen teilen (PO. § 1, I Abs. 1): solche über Briefsendungen im Sinne des § 1, I. Abs. 2 PO., über Paketsendungen, über Postanweisungen und über Zeitungen. Während die rechtliche Natur des Zeitungsgeschäftes, des sog. Debits, unten näher zu erörtern ist, sind die ersten drei Beförderungsverträge. Bei jedem von ihnen ist wiederum zu unterscheiden, ob die Post verpflichtet ist, die betreffende Sache dem Empfänger ins Haus zu bringen, oder ob sie ihm nur Gelegenheit zu bieten braucht, sie bei ihr abzuholen. Es sei gestattet, für diese beiden Fälle

die Ausdrücke Bringsendungen und Holsendungen zu gebrauchen.

Wie bereits gesagt ist, hat die Post an den ihr zur Beförderung übergebenen Sachen den unmittelbaren Besitz. Der Absender hat aber damit den Besitz nicht völlig verloren, vielmehr ist er mittelbarer Besitzer geblieben, und die Post ist sein Besitzmittler. Denn auf Grund der dem Beförderungsvertrage immanenten Verwahrungspflicht hat sie sich ihm gegenüber zum Besitze verpflichtet bis zu dem Zeitpunkte, in welchem sie die übersendete Sache zufolge ihrer Ablieferungspflicht dem Empfänger aushändigt oder auf Grund des § 33 I PO. dem zurückfordernden Absender übergibt. (§ 868 BGB.)

Daß im Laufe der Versendung, sofern diese ihren regelmäßigen Verlauf nimmt, der Besitz einmal auf den Empfänger übergeht, unterliegt keinem Zweifel. Wenn jetzt die Frage des Besitzerwerbes durch den Empfänger im Falle der Versendung durch die Post zur Untersuchung steht, so ist zu prüfen, wann er erfolgt. Selbstverständlich erwirbt der Empfänger den unmittelbaren Besitz mit der Aushändigung seitens der Post, also erst nach der Beendigung der Versendung. Die Frage ist also genauer dahin zu formulieren, ob dies überhaupt die einzige Möglichkeit des Besitzerwerbes für den Empfänger einer Postsendung ist, oder ob er vielleicht schon vorher Besitz erwirbt und damit während der Versendung mittelbarer Besitzer wird.

Zwecks Entscheidung dieser Frage ist zunächst der Begriff des mittelbaren Besitzers festzustellen. Nach § 868 BGB. ist mittelbarer Besitzer die Person, der gegenüber ein anderer (der Besitzmittler) auf Zeit zum

Besitze berechtigt oder verpflichtet ist vermöge eines Verhältnisses bestimmter Art. Aus den Worten „auf Zeit" folgt, daß dies Recht oder diese Pflicht des anderen zeitlich begrenzt ist. Der mittelbare Besitzer kann also früher oder später einmal von dem anderen Aufgabe des Besitzes verlangen, er hat ein (u. U. befristetes) Forderungsrecht auf Auslieferung der Sache.[10] Welcher Art das Verhältnis des Besitzmittlers zum mittelbaren Besitzer ist, worin insbesondere das Gemeinsame aller der Rechtsbeziehungen liegt, durch deren Begründung es hergestellt wird, und für welche § 868 einzelne Beispiele anführt, darüber ist bisher in der Wissenschaft noch keine Einigung erzielt. Ich folge der auch von Biermann[11] übernommenen Ansicht Planck's,[12] welche das Typische dieses Verhältnisses darin erblickt, daß der Besitzmittler sein Recht oder seine Verpflichtung zum Besitze von dem mittelbaren Besitzer ableitet.

Zwei Momente sind es also, die das Wesen des mittelbaren Besitzes ausmachen: der Anspruch auf Herausgabe und das Verhältnis der bezeichneten Art. Nehmen wir sie in die Definition des mittelbaren Besitzers ausdrücklich auf, so lautet diese: mittelbarer Besitzer ist, wer einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache gegen deren Besitzer hat auf Grund eines Verhältnisses zu ihm, vermöge dessen dieser sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze von jenem ableitet. Zur Entscheidung darüber, ob der Empfänger einer Postsendung während des Transportes mittelbaren Besitz an ihr erwirbt, ist somit zu

10) Abw. Cosack, BR. § 185, IV. 4.
11) Sachenrecht, zu § 868 Nr. 2, S. 35.
12) Kommentar zum BGB. zu § 868, S. 55.

prüfen, ob er zu dieser Zeit einen Anspruch auf Herausgabe gegen die unmittelbar besitzende Post hat, und ob dieser einem zwischen ihnen bestehenden Verhältnisse der bezeichneten Art entspringt.

2. Die Beförderungsverträge.

a. Briefsendungen.

α) Im allgemeinen.

Ob dem Empfänger ein Anspruch auf Herausgabe gegen die Post zusteht, ist in der Wissenschaft sehr bestritten. Die postalische Praxis hat sich dagegen erklärt. Die vor 1896 erschienene Litteratur über die Frage muß zum größten Teile als veraltet angesehen werden, da sich die positiven Regeln des Rechtes seitdem derart geändert haben, daß die auf dem alten Rechte basierenden Ausführungen für den heutigen Rechtszustand gegenstandslos geworden sind. Insbesondere ist dadurch, daß § 452 HGB. für das heutige Recht die Anwendung der für den Frachtvertrag geltenden Sätze ausschließt, der Mehrzahl der älteren Konstruktionen der Boden, auf dem sie errichtet waren, entzogen worden. Nur soweit kommt die ältere Literatur noch in Betracht, als sie sich mit der Interpretation des in neuer Zeit nur unwesentlich geänderten postalischen Spezialrechtes befaßt. Hier sind besonders zu nennen Tinsch[13] und Dambach.[14] Über die in Rede stehende Frage haben unter Berücksichtigung

13) In Gruchots Beiträgen, Band 15.
14) Das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches. 1901.

des BGB. geschrieben Hellwig,[15] Paul Schmidt[16] und Cosack.[17]

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die drei Beförderungsverträge der Post unter die Kategorie der Verträge auf Leistung an Dritte im Sinne des § 328 BGB. fallen, und insbesondere aus den hierfür aufgestellten Regeln konstruieren Hellwig und Schmidt ein Forderungsrecht des Empfängers. Beide gehen davon aus, daß eine besondere Bestimmung über die Berechtigung des Empfängers im Vertrage zwischen der Post und dem Absender fehle, daß daher nach der Vorschrift des § 328 Abs. 2 „aus den Umständen, insbesondere dem Zwecke des Vertrages" zu entnehmen sei, ob und unter welchen Modifikationen der Empfänger sie erwerben solle.[18] „Als von den Parteien gewollt sei das anzusehen, was sie nach den Umständen, insbesondere dem Zwecke des Vertrages vernünftiger Weise gewollt hätten, wenn sie sich beim Abschlusse des Vertrages die Frage vorgelegt hätten."[19]

Der Zweck des Vertrages ist, wie Schmidt mit Recht erklärt, „möglichst schnell den Adressaten in den Besitz der Sendung kommen zu lassen". Daraus folgert er, „alles, was der Empfänger tun könne, damit dieser Zweck erfüllt werde, dürfe er tun, und deshalb liege es auch im Sinne der Parteien, ihm ein Recht auf die Erreichung dieses Zweckes zu geben". Ich kann ihm hierin nicht folgen, denn ich glaube, daß es der Post,

15) Verträge auf Leistung an Dritte. S. 520 ff.

16) Das Recht des Empfängers einer Postsendung gegen die Post auf Auslieferung. Tübinger Inaugural-Dissertation, 1898.

17) HR. S. 462.

18) Hellwig, S. 521. Schmidt, S. 66.

19) Planck, Note 1 zu § 328, zitiert bei Schmidt, S. 66.

die durch ihren geordneten Geschäftsgang eine nur äußerst selten versagende Gewähr für eine sichere Besorgung bietet, fern liegt, eine so umfassende Befugnis dem Empfänger zu konzedieren. Sonst hätte sie wohl in der PO., der lex contractus, einige Andeutungen darüber gemacht, zumal darin die Rechte, die sie dem Absender einräumt, genau bezeichnet sind.

Aber die PO. soll ja nach Schmidt's Behauptung direkte Hinweise auf den Willen der Parteien enthalten, dem Empfänger ein Recht einzuräumen. Er meint damit offenbar jene fünf von Hellwig S. 521 aufgezählten Stellen. Den beiden ersten glaubt dieser selbst kein „durchschlagendes Argument" entnehmen zu können, und auch den anderen mißt er keine besonders erhebliche Beweiskraft bei. Sprechen diese denn aber überhaupt für seine Ansicht? Wenn § 50, III. PO.[20] bei unzureichend frankierten Sendungen, für welche der Empfänger die Nachzahlung des Portos verweigert, eine Annahmeverweigerung fingiert, d. h. der Post die Einbehaltung der Sendung gestattet, und bestimmt, daß der Empfänger doch bei Erfüllung gewisser anderer Bedingungen die Auslieferung „verlangen" könne, so heißt das weiter nichts, als daß der Empfänger durch die Vornahme gewisser Handlungen den Grund und damit die Befugnis zur Einbehaltung der Sendung beseitigen und so in ihren Besitz gelangen kann. § 44 II bestimmt, daß einem verzogenen Adressaten gewisse Sendungen nur auf sein oder des Absenders Verlangen nachgeschickt werden; das bedeutet doch nicht, daß er ein

20) Hellwig zitiert noch die alte Zählung (vor 1900).

Recht auf Nachsendung hat, sondern daß die Post nicht von selbst nachsendet, vielmehr abwartet, ob ihr ein diesbezüglicher Wunsch geäußert wird. Und die Bedeutung von § 20, IX, erschöpft sich darin, daß die Post durch ihn ein Mittel erhält, um Klagen des Absenders über eine anscheinend ungebührliche Verzögerung der Aushändigung zu begegnen. Diesen „Hinweisen" der PO. kann also kein Argument für ein Recht des Empfängers entlehnt werden.

Könnte aus den Umständen und dem mutmaßlichen Parteiwillen überhaupt hier die Einräumung eines Rechtes für den Empfänger gefolgert werden, so müßte das in gleichem Maße bei jedem anderen Beförderungsvertrage der Fall sein, ein Schluß, zu dem Hellwig[21] auch tatsächlich kommt. Zu den Beförderungsverträgen zählt auch der Frachtvertrag. Für ihn aber bestimmt das HGB. ausdrücklich, daß von einem gewissen Zeitpunkte ab der Empfänger ein selbständiges Recht auf Auslieferung erhält. Wozu diese gesetzliche Bestimmung, wenn sich ihr Inhalt schon aus den Umständen und den Intentionen der Parteien notwendig ergibt? Glaubte der Gesetzgeber an die Möglichkeit oder Notwendigkeit einer solchen Schlußfolgerung, so hätte er kaum diese ausdrückliche Bestimmung geschaffen. Es wird aus ihr ein argumentum e contrario für die anderen Beförderungsverträge zu gewinnen sein. Ich glaube nicht, daß man mit Hellwig[22] daraus, daß die Rechtsordnung hier ausdrücklich dem Empfänger das Recht

21) S. 523.
22) S. 479, Anm. 959.

einräumt, den Schluß ziehen darf, ein dahin gerichteter Wille der Parteien erscheine eben selbstverständlich.

Aber ist es denn überhaupt nötig, auf die Umstände und den Parteiwillen zurückzugehen? Ist denn die Annahme richtig, von welcher Hellwig und Schmidt ausgehen, daß nämlich eine besondere Bestimmung im Vertrage mangelt? Wir haben für die Verträge der Post eine so ausführliche lex contractus, wie sie wohl selten vorhanden ist. Ihre Worte sprechen nirgends gegen ein Recht des Empfängers, sie sprechen aber auch nirgends dafür. Und es ist schwerlich anzunehmen, daß die PO., die bisweilen auch die geringsten Einzelheiten regelt, ein so tief in die Rechtsbeziehungen einschneidendes Moment, wie es die Berechtigung des Empfängers wäre, übergangen haben sollte, falls es wirklich existierte. Ich sehe vielmehr in dem Schweigen der PO. über diesen Punkt eine vollkommen deutliche und ausdrückliche Erklärung des Inhaltes, daß ein Recht des Empfängers ausgeschlossen ist.

Tinsch,[23] auch ein Leugner des Herausgabeanspruches des Adressaten, sucht seine Ansicht aus § 6 PGes. abzuleiten, wo es heißt „die Postverwaltung leistet dem Absender im Falle reglementsmäßiger Einlieferung Ersatz . . . . . " Aus der Einheit des Anspruches auf Erfüllung und auf Ersatz ergäbe sich, daß, wenn nur der Absender einen Anspruch auf Ersatz habe, dem Empfänger auch keiner auf Erfüllung zustehen könne. Anders Hellwig.[24] Auch er geht davon aus, daß § 6 PGes. einen Schadensersatzanspruch des Empfängers

23) S. 202.
24) S. 523.

ausschließen wolle, und begründet dies damit, aus dem Vertrage auf Leistung an Dritte werde der Dritte „nur auf solche Leistungen berechtigt, die als ihm gegenüber zu erfüllende übernommen sind", im vorliegenden Falle also nur auf die Aushändigung.

Ich glaube aber, daß dem § 6 PG. weder ein Argument für noch gegen die hier vertretene Ansicht entnommen werden kann; meines Erachtens wohnt ihm garnicht der Sinn inne, gegen einen Schadensersatzanspruch des Adressaten sprechen zu wollen. Daß der Absender, mit dem die Post kontrahiert, von ihr bei Verlust oder Beschädigung der ihr anvertrauten Sachen Ersatz verlangen kann, brauchte hier nicht ausdrücklich bemerkt zu werden; denn es folgt schon aus den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes. Was § 6 sagen will, ist vielmehr, daß der Post eine Modifikation der Schadensersatzpflicht zu ihren Gunsten gewährt wird. Das Wort „nur" ist also sinngemäß nicht vor „Absender", sondern hinter „Ersatz" einzuschieben. Die ausdrückliche Bezeichnung des Absenders als Schadensersatzberechtigten wäre garnicht nötig gewesen. Man könnte das Wort „Absender" streichen, ohne an dem Sinne des § 6 das Geringste dadurch zu ändern. Er ist nur als der selbstverständliche Kontrahent und Empfänger des kontraktlichen Schadensersatzes genannt. Es ruht in diesem Paragraphen kein Ton auf ihm. Deshalb kann man auf Grund der Nennung des Wortes „Absender" kein argumentum e contrario ziehen. Ein solches kann aus § 6 zur Gewinnung von Bestimmungen für die Person des Empfängers garnicht zugelassen werden, denn dem Sinne und Zusammenhange des Paragraphen entsprechend

dürfte es nur lauten: „Die Postverwaltung leistet dem Empfänger vollen Ersatz."

Ein wichtiges Argument gegen die Berechtigung des Adressaten liefert Dambach.[25] Er weist auf den „unlösbaren Widerspruch" hin, der sich ergibt, wenn gleichzeitig der Empfänger auf die Auslieferung der versandten Gegenstände klagen und der Absender die Sendung zurück nehmen dürfte. Die Rechtsordnung hat sein Vorhandensein auch erkannt. Denn um ihn zu vermeiden, läßt sie beim Frachtgeschäft, wo sie selbst dem Empfänger einen Anspruch auf Auslieferung gewährt, durch die Klagerhebung seitens des Empfängers das Einspruchsrecht des Absenders erlöschen, sofern dies nicht schon vorher geschehen ist (HGB. § 433). Es ist diese Wirkung der Klagerhebung also nicht ein Rudiment des früheren Rechtes, das nur aus Rücksicht auf das Rechtsbewußtsein des praktischen Lebens beibehalten ist,[26] sondern das notwendige Korrelat des selbständigen Herausgabeanspruches des Empfängers.

Cosack[27] stellt die Behauptung auf, nach Ankunft der versendeten Sache am Bestimmungsorte erhalte der Empfänger ein eigenes Recht. Ich habe hierfür keine Anhaltspunkte finden können; wenn überhaupt ein Recht des Adressaten aus dem zwischen Absender und Post geschlossenen Vertrage entstehen soll, so liegen keine Gründe vor, weshalb es befristet sein sollte.

Ich glaube hinreichend nachgewiesen zu haben, daß dem Empfänger während der Versendung kein Anspruch

---

25) S. 74.
26) So Hellwig, S. 491.
27) HR. S. 462.

gegen die Post zusteht. Damit entfällt eins der beiden Erfordernisse des mittelbaren Besitzes. Der Adressat einer Briefsendung erwirbt also keinen mittelbaren Besitz an ihr, wird vielmehr, soweit Bringsendungen in Betracht kommen, Besitzer erst mit erfolgter Aushändigung.

β Insbesondere die Holsendungen.

Bei Briefen im Sinne der PO. § 1, I, Abs. 2 ist die Behandlung der Holsendungen verschieden je nach dem Grunde, dessentwegen die Bestellung (§ 36 I PO.) unterbleibt. Entweder wird diese von der Post verweigert oder auf Ansuchen des Empfängers selbst unterlassen, der sich zur Abholung erbietet. Ersteres ist der Fall bei Sendungen mit Wertangabe über eine gewisse Höhe hinaus (§ 36 I 2 c., II PO.), letzteres kann auf alle Postsendungen ausgedehnt werden (§ 42 I PO). Treffen solche Briefsendungen, deren Bestellung die Post verweigert, am Bestimmungsorte ein, so wird dem Empfänger auf dem gewöhnlichen Wege ein Ablieferungsschein ausgehändigt. Es ist dies ein gedrucktes Formular zur einer Quittung über den Empfang der darin bezeichneten Sendung, das der Adressat auszufüllen hat. Wer den mit dem Namen des Empfängers unterschriebenen Ablieferungsschein der Postanstalt abgibt, erhält von ihr die betreffende Sendung ausgehändigt.

Schröder,[28] der einen mittelbaren Besitz bei Bringsendungen leugnet, sieht die Übergabe des Ablieferungsscheines als gleichbedeutend mit der Übergabe

28) „Der Eigentumserwerb an versendeten Sachen", in Goldschmidts Zeitschrift, Band 51, S. 42.

der Sache an. Danach müßte der Adressat an ihr Besitz erwerben, sobald er den Ablieferungsschein erhalten hat. Nahe steht diesem Gedanken Dambach,[29] der in der Aushändigung des Ablieferungsscheines eine „gewissermaßen symbolische Übergabe" der Sendung erblickt. Eine derartige Wirkung wohnt den Traditionspapieren inne, die im Handelsrechte eine Rolle spielen, aber dem bürgerlichen Rechte eben so fremd sind, wie dem Postrechte. Die Post hat in diesen Fällen die Bestellung nach der lex contractus nicht übernommen. Der Empfänger muß, um die Sendung zu erhalten, sich auf das Postamt begeben und sie abholen, was er aber nur tun kann, wenn er von ihrem Vorhandensein dort etwas weiß. Die Zustellung des Ablieferungsscheines hat daher, wie Hellwig[30] zutreffend ausführt, „nur den Zweck, den Adressaten von der Ankunft des Transportgegenstandes zu benachrichtigen, damit er für seine Abholung Sorge tragen kann".

Wenn die bloße Innehabung des Ablieferungsscheines nach § 49 PGes., § 43, I PO. schon genügt, um die Befugnis zur Empfangnahme der Sendung zu begründen, so verlockt dies allerdings leicht zu dem Schlusse, der Ablieferungsschein sei ein Legitimationspapier. Aber die Begebung eines solchen seitens des daraus Verpflichteten verschafft ein Recht, und für die Konstituierung eines Rechtes für den Inhaber des Ablieferungsscheines ist in dessen Übergabe kein Anhalt zu finden, weder in einem etwa stillschweigend erklärten

29) S. 254.
30) S. 527.

Parteiwillen noch in dem Inhalte des Ablieferungsscheines selbst.

In seiner Übergabe die Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen Post und Adressaten zu sehen, wäre verfehlt. Denn die Post verlangt nur eine formell richtige Quittung über die Aushändigung der Wertsendung, und wenn diesem Verlangen unter Benutzung des von ihr zur Verfügung gestellten Formulars entsprochen wird, hat sie keinen Anlaß, die Sendung länger zurückzubehalten. Wird sie doch kraft Gesetzesvorschrift (§ 49 PGes.) befreit, wenn nur die Quittung formell in Ordnung ist, mag die Unterschrift auch materiell unwirksam sein. Dies ist der alleinige Grund, weshalb sie dem Überbringer des ausgefüllten Ablieferungsscheins die Sendung ausfolgt. Daß zu der erforderlichen Benachrichtigung des Empfängers gleich das zu vollziehende Quittungsformular benutzt wird, geschieht nur utilitatis causa.[31] Entsteht also durch die Übergabe des Ablieferungsscheines kein Recht auf Aushändigung der Sendung, so wird auch kein mittelbarer Besitz erworben; Besitz geht vielmehr ebenfalls erst mit Vollendung der Aushändigung der Sendung selbst auf den Empfänger über.

Bei den Briefen, die auf Wunsch des Empfängers die Gestalt von Holsendungen annehmen, geht die Aushändigung an den abholenden Adressaten ganz analog vor sich, als erfolgte sie durch Bestellung, nur das eben an die Stelle jeglicher Übergabe durch den Postboten ein Abholen durch den Empfänger tritt. „Gewöhnliche" Sendungen (§ 1 II PO.) werden ohne weiteres aus-

31) Hellwig, S. 528.

gehändigt und gehen damit in den Besitz des Abholenden über; bei eingeschriebenen Briefsendungen und solchen mit Wertangabe erhält der Adressat erst den Ablieferungsschein und nach Vollziehung und Einreichung der Quittung den Gegenstand selbst (§ 42 V PO.) Es ändert sich also auch hier nichts in den Besitzverhältnissen.

b. Paketsendungen.

Bei der Sendung von Packeten durch die Post muß der Absender eine Postpaketadresse ausstellen. Während des Transportes ist die Sachlage genau so, wie bei Briefsendungen. Der Absender ist mittelbarer, die Post unmittelbarer Besitzer, während der Empfänger in gar keinem Besitzverhältnisse zu der Sache steht. Auch bei der Beförderung von Paketen sind Hol- und Bringsendungen zu unterscheiden. Bei letzteren greift eine Änderung der für die Briefsendungen gewonnenen Grundsätze nicht Platz, diese gelten vielmehr im vollen Umfange auch hier. Daß der Adressat auf der Rückseite der Paketadresse den Emfang bescheinigen muß, kann für die obligatorischen Rechtsverhältnisse von Bedeutung werden, beeinflußt aber die rechtlichen Beziehungen der beteiligten Personen zur Sache nicht.

Außer dem Pakete selbst erhält der Empfänger noch den „Abschnitt" der Postpaketadresse. Seine rechtliche Natur kann man nicht treffender bezeichnen, als es Hellwig[32] tut, indem er erklärt, „der Abschnitt sei eine mit der Adresse verbundene Postkarte, welche die Post ohne weiteres Entgelt mit zu transportieren über-

32) S. 529.

nehme". Damit ist zugleich gesagt, daß er als Briefsendung zu behandeln ist.

Bei allen Paketsendungen, bei denen — gleichgültig aus welchem Grunde — die Post die Bestellung unterläßt, spielt die Postpaketadresse eine größere Rolle. Hier wird zunächst nur sie dem Empfänger ausgehändigt. Aber dieser Aushändigung darf man nicht eine Bedeutung zumessen analog der, welche die Übergabe des Frachtbriefes an den Empfänger nach HGB. § 435 hat Ein rein äußerlicher Unterschied besteht schon darin, daß sie nicht in den Händen des Empfängers bleibt, sondern bei Abholung des Pakets der Post zurückgegeben werden muß.[33] Ihre Aushändigung an den Adressaten geschieht nämlich nur deshalb, damit er das auf der Rückseite befindliche Quittungsformular ausfüllen und auf Grund der Übergabe dieser Quittung von der Post das Paket erhalten kann (§ 43 I PO.). Die Paketadresse hat hier also keine andere Funktion als die des Ablieferungsscheines bei Briefsendungen, wie beide Papiere denn auch bei der Erörterung der Holsendungen wiederholt von der PO. als durchaus gleichartig nebeneinander gestellt werden.[34] Die Übergabe der Postpaketadresse ist also auch nichts anderes als eine der Bequemlichkeit halber durch Aushändigung des Quittungsformulares erfolgte Benachrichtigung des Empfängers, daß auf der Postanstalt ein Paket seiner Abholung harre. Der Stand der Besitzverhältnisse wird demnach durch sie ebenso wenig berührt, wie durch die Übergabe des Ablieferungsscheines.

33) Hellwig, S. 528.
34) So § 36 I., 2 f., II.; § 42 IIIa; § 43 I., III.

c. Postanweisung.

Bei dem Postanweisungsgeschäft ist streng zu scheiden zwischen dem Besitze am Gelde und dem am begleitenden Papiere, der eigentlichen Postanweisung. Wie sich aus §§ 20 IX; 21 I PO. ergibt, ist die Post nicht verpflichtet, genau diejenigen Geldstücke, die ihr eingeliefert sind, dem Empfänger auszuhändigen, vielmehr hat sie nur den entsprechenden Betrag ohne Rücksicht auf die Indentität der Münzen auszuzahlen. Die dem Beförderungsvertrage immanente Verwahrungspflicht ist dem depositum irregulare analog zu behandeln. Das Eigentum an dem eingelieferten Gelde geht also auf die Post über. Damit endet der mittelbare Besitz des Absenders. Ein Forderungsrecht bleibt zwar bestehen, aber daß hier das Recht der Post, die nicht individualisierten, mit anderen Kassenbeständen vermengten Geldstücke zu besitzen, von dem Absender und nicht vielmehr von ihrem Eigentum abgeleitet ist, ist nicht denkbar. Die Bedeutung der Postanweisung selbst ist bei Hol- und Bringsendungen nicht verschieden von der Bedeutung der Postpaketadresse. Von dem ihr anhaftenden Abschnitte gilt das gleiche, wie von dem der Postpaketadresse.[35] Auch hier erhält der Empfänger Besitz an dem Gegenstande der Versendung erst mit der Übergabe an ihn.

3. Der Zeitungsdebit.

Bei dem sogenannten Debit handelt es sich darum, daß periodische Druckschriften, besonders Zeitungen, die

35) Die gleiche Konstruktion, wie für den letzteren Hellwig, gibt für den ersteren Karl Walter, „Über den Anspruch des Adressaten eines Geldbriefes oder einer Postanweisung gegen die Post auf Auslieferung." Erlanger Inaugural-Dissertation. 1901.

der Verleger veräußert, unter Mitwirkung der Post von Abonnenten gekauft werden. Um die Besitzverhältnisse zu regeln, sind die Beziehungen der einzelnen Personen zu einander festzustellen. In betracht kommen der Verleger, die Post, der Abonnent. Über die Art der rechtsgeschäftlichen Beziehungen unter ihnen herrscht Streit. Die Vertreter der bestehenden Meinungen lassen sich in zwei Gruppen teilen.

Die erste Gruppe leugnet das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Abonnenten und der Post. Ihr gehören besonders an das ROHG.,[36] Hellwig[37] und Schmidt.[38] Das ROHG. konstruiert zwischen Verleger und Post einen Auftrag (im gemeinrechtlichen Sinne), kraft dessen die Post mit dem Abonnenten abschließt und das Geld einzieht, und ein Frachtgeschäft zwecks Übermittlung der Zeitung an den Abonnenten, während nach seiner Ansicht zwischen dem Verleger und dem Abonnenten der durch Vermittlung der Post abgeschlossene Lieferungskauf besteht. Schmidt baut auf dieser Konstruktion unter Berücksichtigung der neuen Gesetzgebung weiter. Den durch Vermittlung der Post zwischen dem Abonnenten und Verleger abgeschlossenen Lieferungskauf behält er bei, faßt aber den „Auftrag" und das „Frachtgeschäft" des ROHG. zusammen als einen zwischen Verleger und Post bestehenden Werkvertrag, gerichtet auf Abschluß des Kaufvertrages und Beförderung der Zeitung durch die Post; daneben bestände noch ein Inkassomandat. — Nach Hellwigs

36) Entscheidungen, Band 23, S. 10 ff.
37) S. 518.
38) S. 35 ff.

Ansicht schließt der Verleger mit dem Abonnenten den Kaufvertrag ab durch die Post als seinen Vertreter, welche diese Vermittlung auf Grund eines Dienstvertrages und einer gleichzeitigen Vollmachtserteilung seitens des Verlegers übernimmt, und außerdem mit der Post den Beförderungsvertrag. Allen ist gemein, daß der Verleger die Post kontraktlich verpflichtet, als sein Vertreter mit dem Abonnenten den Kaufvertrag zu schließen und die Zeitung zu befördern, und mit dem Abonnenten den Kaufvertrag durch die Post eingeht.

Die zweite Gruppe dagegen konstruiert eine rechtsgeschäftliche Bindung der Post gegenüber dem Abonnenten. Sie wird unter anderen besonders vertreten durch Dambach[39] und Cosack.[40] Während aber Dambach daran festhält, daß zwischen Verleger und Post ein auf Abschluß des Kaufvertrages mit dem Abonnenten und auf Beförderung der Zeitung gerichteter Vertrag besteht, und nur noch einen der Post vom Abonnenten erteilten Auftrag zum Einkauf für und Zustellung an ihn hinzufügt, bricht Cosack völlig mit der Ansicht der ersten Gruppe. Nach seiner Meinung schließt der Abonnent mit der Post einen kommissionsähnlichen Werkvertrag auf Lieferung der Zeitung, und diese kauft alsdann die Zeitung vom Verleger im eigenen Namen, um sie dem Abonnenten zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit ihm gegenüber zu überbringen, so daß Rechte und Pflichten zwischen Verleger und Abonnenten nicht entstehen.

---

39) S. 50/51.
40) HR. S. 467.

Dambach's Ansicht ist leich zu widerlegen. Die Annahme einer dreifachen Beziehnng ist völlig überflüssig.[41] Wenn die Post als Vertreter des Verlegers mit dem Abonnenten den Kaufvertrag eingeht und dieser damit zwischen jenen beiden zu stande kommt, bedarf sie dann noch eines Auftrages des Abonnenten zum Abschlusse dieses Vertrages? Wenn die Post durch Vertrag mit dem Verleger zur Beförderung der Zeitung an den Abonnenten verpflichtet ist, weshalb soll sie dann noch dem letzteren gegenüber die gleiche Verbindlichkeit auf sich nehmen? Zumal ja der Abonnent aus dem Kaufvertrage schon eine Klage auf Lieferung der Zeitung gegen den Verleger hat, und dieser die Post zur Beförderung anhalten muß im Interesse der Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit. Durch die Annahme eines solchen dreiseitigen Verhältnisses wird die Sachlage unnütz kompliziert.

Hellwig's Ansicht unterscheidet sich von der Schmidt's dadurch, daß sie die Verpflichtung der Post, den Abschluß des Kaufvertrages mit dem Abonnenten zu vermitteln, auf einen Dienstvertrag mit dem Verleger, verbunden mit einer Vollmachtserteilung durch diesen, gründet. Schmidt nimmt hier einen Werkvertrag an. Zum Beweise seiner Ansicht behauptet Hellwig a. a. O. (im Zusammenhange zugleich für die verschiedenen Arten des „Postauftrages"), „die Post sei nicht verpflichtet, die bezeichneten Verträge abzuschließen; vielmehr erhalte sie das Entgelt lediglich für den ordnungsmäßigen Versuch . . . ." Das mag für den Postauftrag zutreffen,

41) Der gleiche Gedanke findet sich bei Schmidt S. 37.

tut es aber nicht für „die Übernahme der Besorgung des Abschlusses der Verträge auf den Bezug periodischer Druckschriften". Denn wenn Hellwig erklärt: „Der Umstand, daß die Post kein Entgelt erhält, wenn ihr das Publikum keine Gelegenheit gibt, den Abschluß von Zeitungsbestellungen zu besorgen, ist für den rechtlichen Charakter des zwischen dem Verleger und der Post geschlossenen Vertrages irrelevant", so ist das ein Irrtum. Vielmehr ist gerade das Ausbleiben des bedungenen Entgeltes im Falle der Erfolglosigkeit der übernommenen Mühewaltung das Unterscheidungsmerkmal für den Werkvertrag gegenüber dem Dienstvertrage. Und daß im vorliegenden Falle das Entgelt, nämlich Provision und Fracht, welches die Post zwar tatsächlich vom Abonnenten empfängt, rechtlich als eine Leistung des Verlegers anzusehen ist, weist Schmidt[42] überzeugend nach unter Anwendung der §§ 675, 667 BGB. und richtiger Schlußfolgerung aus den Rechtsbeziehungen, deren Annahme den Konstruktionen der Vertreter der ersten Gruppe gemeinsam zu Grunde liegt. Damit entfällt Hellwigs Behauptung eines Dienstvertrages. Seiner Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Cosacks Theorie ist bereits von Schmidt[43] widerlegt. Er weist aus § 28 PO. unter Anlehnung an die Ausführungen des ROHG.[44] nach, daß nicht, wie Cosack annimmt, das ganze Zeitungsvertriebsgeschäft vom Publikum, sondern vom Verleger den Anfang nimmt, der Abschluß einer Quasi-Einkaufskommission (sit venia

42) S. 39.
43) S. 36.
44) a. a. O. S. 15.

verbo) mit dem Abonnenten also für die Post nicht der Anstoß zu ihrem Kontrahieren mit dem Verleger sein kann. Damit wird Cosacks Konstruktion hinfällig.

Die Erläuterung, die das ROHG. für die rechtliche Natur des Zeitungsdebites gibt,[45] muß heute mit Rücksicht auf § 452 HGB. veraltet erscheinen. Die Ansicht des ROHG. hat, wie schon dargetan, Schmidt in ein modernes Gewand gekleidet. Daß die Post den Lieferungskauf als Vertreter des Verlegers mit dem Abonnenten abschließt, folgert er aus dem tatsächlichen Hergange der Ausführung des Zeitungsdebits durch die Post und belegt seine Behauptung durch Verweisung auf die zitierte Entscheidung des ROHG. Ich bin dagegen geneigt, aus eben jenem Hergange den Schluß zu ziehen, daß die Post im eigenen Namen mit dem Abonnenten abschließt. Wenn die Post mit dem Abonnenten abgeschlossen hat, teilt sie keineswegs dem Verleger „die Bestellungen" mit, sondern benachrichtigt ihn nur, daß sie für so und so viele Exemplare abgeschlossen habe,[46] und erwartet deren Lieferung. Abonnent und Verleger treten garnicht in Beziehung zu einander.

Wenn sich Schmidt nun auf das ROHG. beruft, so wird aus dem Zusammenhange jener Entscheidung klar, daß das ROHG. den Gedanken, die Post schließe ein Kommissionsgeschäft ab, ablehnt und nur deshalb zu dem Schlusse kommt, sie handele nicht im eigenen Namen.[47] Heute ist die Post garnicht mehr im stande,

45) a. a. O. S. 17 ff.
46) ROHG. a. a. O. S. 13.
47) Nachdem das ROHG. auf S. 15 u. 16 die Konstruktion eines Kommissionsgeschäftes zurückgewiesen hat, fährt es S. 16, Abschn. 3 fort: „Kann man demnach nicht annehmen, daß die Post . . . im eigenen Namen . . . auftrete . . ."

ein Kommissionsgeschäft abzuschließen (§ 452 HGB.), und gegen die Annahme eines anderen Rechtsverhältnisses, kraft dessen sie im eigenen Namen mit dem Abonnenten kontrahiert, beweisen die Ausführungen des ROHG. durchaus nichts.

Dambach[48] will aus dem Wortlaute des Vertrages zwischen Verleger und Post nachweisen, daß diese in fremdem Namen kontrahiert. Aber ganz abgesehen davon, daß er logischer Weise dem strikten Wortlaute einer privaten Abmachung kein Argument für die Konstruktion der rechtlichen Beziehungen entnehmen dürfte, nachdem er etwa eine Seite vorher in Übereinstimmung mit dem ROHG. die Terminologie eines Gesetzes für unverbindlich erklärt hat, beweist das Wort „Vermittlung" garnichts. Ein juristischer terminus technicus von etwa analoger Bedeutung wie das Wort „Vertretung" ist es nicht. Vielmehr bedeutet es im Zusammenhange rein wirtschaftlich die Beihülfe zur Ausgleichung der Interessen der Beteiligten: des Verlegers zum Absatze seiner Produkte, des Abonnenten zur genußbringenden Verwertung seines Geldes. Mit gleichem Rechte wie Dambach bei der Post könnte man bei einem Zwischenhändler oder einem Kommissionär den Abschluß im eigenen Namen leugnen. Die längst aufgegebene Konstruktion, die Post kaufe im eigenen Namen vom Verleger und verkaufe ebenso an den Abonnenten, ist vom ROHG.[49] hinreichend widerlegt.

War nun der Ansicht Cosacks vom Bestehen einer Quasi-Einkaufskommission aus obigen Gründen nicht bei-

48) S. 50/51.
49) a. a. O. S. 13/14.

zutreten, so bin ich doch geneigt, seiner Konstruktion zu zu folgen, nur in umgekehrter Richtung, also eine Quasi-Verkaufskommission zwischen Verleger und Post anzunehmen. Damit wird der ihm oben gemachte Einwurf ausgeschaltet, daß er dem tatsächlichen Hergange zuwider die rechtlichen Beziehungen von der falschen Seite her ihren Anfang nehmen lasse. Meine Konstruktion gestaltet sich dann folgendermaßen: Die Post schließt mit dem Verleger einen kommissionsähnlichen Werkvertrag ab, durch den sie sich verpflichtet, für Rechnung des Verlegers im eigenen Namen Zeitungen an den Abonnenten zu verkaufen; alsdann geht sie mit dem Abonnenten im eigenen Namen das Lieferungskaufgeschäft ein. Daß im wirtschaftlichen Sinne diese Geschäfte der Post keine Tauschgeschäfte sind, sondern nur für die räumliche „Vermittlung" zwischen Abonnenten und Verleger bestimmt sind, ist klar, so daß die Ausführungen des ROHG.[50] zu meiner Widerlegung nicht herangezogen werden können. Meine Konstruktion ist einfacher und klarer als die der Vertreter der ersten Gruppe. Denn sie müssen neben dem Lieferungskaufe eine doppelte Verpflichtung der Post dem Verleger gegenüber annehmen, nämlich zur Vertretuug beim Vertragsschlusse und zur Beförderung, und aus diesem Verhältnisse außerdem noch ein Inkassomandat herauslesen, wodurch die rechtliche Natur der erfolgenden Zahlungen äußerst kompliziert wird.[51]

Die Besitzverhältnisse gestalten sich bei meiner Konstruktion folgendermaßen: Mit Empfangnahme der Zeitungen wird die Post unmittelbarer Besitzer und Besitzmittler des Absenders. Der Empfänger hat zwar

50) a. a. O. S. 15 in fine.
51) Vergl. Schmidt S. 39.

hier einen Anspruch auf Lieferung gegen die Post aus dem Kaufvertrage. Aber nicht jeder Anspruch auf Herausgabe einer Sache gibt mittelbaren Besitz an ihr, sondern, wie oben dargetan, nur ein solcher, der sich auf ein Verhältnis gründet, vermöge dessen der Besitzer sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze von dem anderen Teile ableitet. Ein derartiges Verhältnis besteht hier zwischen Post und Empfänger nicht. Dieser erwirbt daher Besitz erst mit Vollzug der Aushändigung an ihn.

Es hat sich also für alle Geschäfte der Post, die eine räumliche Übermittlung zum Gegenstande haben, übereinstimmend ergeben, daß erst die Übergabe der versandten Sache an den Empfänger diesem den Besitz verschafft.

III. Auf Grund handelsrechtlicher Frachtverträge.

Bei den Frachtgeschäften des Handelsrechtes erwirbt die befördernde Mittelsperson selbst Besitz, eben so, wie dies die Post tat. Daß der Absender auch hier vorerst mittelbaren Besitz behält, steht außer Zweifel. Die Frage nach dem Besitzerwerbe des Empfängers ist wiederum dahin zu formulieren, ob er schon während des Transportes des Gutes an ihm Besitz erwirbt oder erst mit der Ablieferung, d. h. ob der von ihm erworbene Besitz zunächst ein mittelbarer oder gleich ein unmittelbarer ist.

1. Das Landfrachtgeschäft.

a. Das gewöhnliche.

Erfolgt die Beförderung des Gutes auf dem Landwege durch einen gewöhnlichen Frachtführer, so kann ein Frachtbrief ausgestellt werden; obligatorisch ist er nicht (§ 426 HGB.). Der Ladeschein, dessen Ausstellung beim Landfrachtgeschäft zwar gesetzlich zugelassen ist, praktisch aber nur bei der Beförderung auf Binnengewässern eine Rolle spielt,[52] soll nur unten bei deren Erörterung behandelt werden. Besonders bei der Beförderung von Sachen über eine größere Entfernung wird regelmäßig ein Frachtbrief ausgestellt werden. Alsdann lassen sich in dem Laufe, welchen die Entwicklung der Beziehungen zwischen den drei beteiligten Personen nimmt, bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger, drei Stadien unterscheiden.

Während des Transportes bleiben die Besitzverhältnisse unverändert.[53] Der Frachtführer ist unmittelbarer, der Absender mittelbarer Besitzer. Das Forderungsrecht, das für diese Stellung des letzteren unerläßlich ist, bildet einen Teil des ihm gesetzlich zustehenden Verfügungsrechtes (§ 433 HGB.). In dem Frachtvertrage, der ja einen Vertrag auf Leistung an Dritte darstellt, ist dem Empfänger ein befristetes, widerrufliches Recht auf Erfüllung eingeräumt worden (BGB. § 328, Abs. 2, Fall 2 u. 3).[54]

---

52) Cosack, HR. § 86 I., 6, § 94 II.

53) Die beschränkte Befugnis des § 434 HGB. ist kein Recht, das irgendwie für die Besitzverhältnisse maßgebend wird.

54) Abw. unter unhaltbarer Begründung Heckhausen, Bedeutung und Wirkung des Frachtbriefes. Freiburger Diss., 1900, S. 38.

Eine ausdrückliche Bestimmung ist hierüber im Vertrage nicht getroffen. In Besorgnis vor dem „unlösbaren Widerspruche" Dambachs hätte man aus den Umständen auf das Gegenteil schließen müssen, wenn hier nicht die Rechtsordnung einer solchen Folgerung durch die Bestimmung des § 433 HGB. vorgebeugt hätte. Wie sie den „unlösbaren Widerspruch" dabei ausschaltet, ist schon oben klargelegt worden.

Mit der Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte tritt das bisher befristete Recht in Wirksamkeit. Hat nun der Empfänger mittelbaren Besitz erworben? Ein eigenes Recht auf Auslieferung hat er ja, aber dieses gründet sich nicht auf ein Verhältnis der Art, wie es § 868 BGB. verlangt. Ein solches hätte zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger entweder durch Neubegründung entstehen können oder dadurch, daß der Absender dem letzteren seinen Herausgabeanspruch nach § 870 BGB. zedierte. Denn wenn durch die Abtretung des Anspruches der Zessionar mittelbarer Besitzer wird, so ist damit gesagt, daß der Nachfolger im Anspruch zugleich notwendig in dies Verhältnis zum Schuldner eintritt. Weder Neubegründung liegt vor, noch Zession; denn der Absender behält ja sein Recht, während er bei der Zession völlig ausscheiden müßte. Gläubiger des Frachtführers ist der Empfänger geworden, an die Stelle des Absenders ist er aber nicht getreten (§ 398, Satz 2 BGB.). Sein Anspruch ist vielmehr ein substantiell anderer als der des Absenders, wenn er sich auch — zum größeren Teile wenigstens[55] — inhaltlich mit ihm deckt.

55) Vergl. Schott in Endemanns Handbuch Band 3 S. 403 in fine.

Nunmehr tritt der Frachtvertrag in das dritte Stadium: der Empfänger erhält den Frachtbrief oder erhebt gemäß § 435 HGB. Klage. Damit erlischt das Verfügungsrecht des Absenders (§ 433 HGB.). Dieser war bis dahin noch im Vollbesitz aller durch den Frachtvertrag begründeten Rechte, der Empfänger hatte diese Rechte neben ihm, widerruflich, gänzlich von ihm abhängig. Ändert sich nun durch das Erlöschen des Verfügungsrechtes der Besitzzustand, erhält jetzt der Empfänger mittelbaren Besitz, so kann dies wieder nur durch Neubegründung eines Verhältnisses jener oft bezeichneten Art zwischen Empfänger und Frachtführer oder durch Abtretung des Verfügungsrechtes durch den Absender vor sich gehen. Erstere ist wohl möglich, geschieht aber tatsächlich nicht.[56]

Es bleibt die Zession. Sie erfolgt durch einen Vertrag zwischen dem bisherigen und dem künftigen Gläubiger, infolge dessen der erstere ausscheidet und der andere an seine Stelle tritt (§ 398 BGB.). Vor der Aushändigung des Frachtbriefs stand der Absender noch an der ihm durch den Frachtvertrag zugewiesenen Stelle. Deshalb lag keine Zession vor; denn die ausdrücklich vom Gesetze verlangte Wirkung des Zessionsvertrages ist ein völliges Ausscheiden des Zedenten, wodurch der Zessionar ausschließlicher Gläubiger wird.

Im vorliegenden Falle erhält nun der Empfänger, schon nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte, wirksam ein Gläubigerrecht aus dem Frachtvertrage (§ 435 HGB.); der Absender scheidet nach der Frachtbrief-

56) Hellwig S. 488.

übergabe vollständig aus,[57] womit jener unabhängiger, ausschließlicher Gläubiger wird. Auf seiten des Absenders ist das Recht erloschen, auf seiten des Empfängers finden wir ein Recht gleichen Inhalts wieder. Die äußerlichen Wirkungen der Zession sind also vorhanden, trotzdem liegt eine Zession nicht vor. Denn der Empfänger hat sein Recht nicht durch einen Vertrag mit dem Absender, dem alten Gläubiger, erhalten, sondern durch den Vertrag zwischen Absender und Frachtführer Er steht nicht an der Stelle des Absenders, dessen Recht vielmehr erloschen ist. Das Recht, das er jetzt unwiderruflich hat, ist dasselbe geblieben, das ihm schon vorher zustand; seine Substanz hat sich nicht geändert, nur daß es jetzt vom Willen des Absenders unabhängig geworden ist.

---

57) Hier nur eine Suspension des Verfügungsrechtes des Absenders anzunehmen, wie es Staub, HGB. zu § 433, Anm. 6, in Übereinstimmung mit ROHG. Band 6, S. 273 ff tut, ist unzulässig. Denn § 433, Abs. 2, HGB., spricht ausdrücklich von einem „Erlöschen" des Verfügungsrechtes, und unter „Erlöschen versteht der Gesetzgeber stets das Aufhören der Existenz eines Rechtes (vergl. z. B. BGB §§ 1570, 1581/82) Zwingende Gründe, hier eine Ungenauigkeit des Ausdrucks im Gesetze anzunehmen, liegen nicht vor, wie dies z. B. bei § 455 Abs. 2, HGB. der Fall ist (vergl. unten S. 58). Freilich finden wir in § 437 ein Verfügungsrecht des Absenders wieder. Indessen: da in diesem Falle, in dem der Zweck des ganzen Frachtvertrages zwischen Frachtführer und Absender, nämlich die Behändigung des Gutes an den Empfänger, sich als unausführbar erwiesen hat, der Frachtführer nicht im Besitze des Gutes bleiben kann, so ist das gesamte, in der Entwicklung schon weit fortgeschrittene Verhältnis zwischen Absender und Frachtführer wieder nach rückwärts hin aufzurollen, und den ersten Schritt hierzu hat der Frachtführer mit der Benachrichtigung des Absenders zu tun, durch die er sich wieder einer Anweisung des Absenders unterordnet; den zweiten tut alsdann der Absender, indem er dem Frachtführer eine Anweisung erteilt und dessen angebotene Unterordnung annimmt, und damit ist das alte Verfügungsrecht des Absenders zwischen ihm und dem Frachtführer wieder aufgerichtet.

Dies ist geschehen durch die Übergabe des Frachtbriefes, die der Frachtführer auf Grund seiner im Frachtvertrage übernommenen[58] Verpflichtungen ausgeführt hat. Die einer Zession gleichen Wirkungen treten also durch eine Tätigkeit des Absenders ein: denn von ihm ermächtigt, hat der Frachtführer den Brief übergeben und damit als sein Vertreter die Folgen dieser Handlung herbeigeführt, nämlich das Ausscheiden des Absenders und den Eintritt der alleinigen Gläubigerschaft des Empfängers. Der Absender gibt dadurch, daß er den Frachtführer den Brief übergeben läßt, den Anstoß zum Verluste seines Rechtes und zur Unwiderruflichkeit des Rechtes des Empfängers, er verschafft diesem das ausschließliche Recht. Und mit Recht stellt Hellwig[59] der Zession den Fall gleich, daß jemand unter Aufgabe eines Rechtes für seine Person ein ausschließliches gleichen Inhaltes einem anderen verschafft.

Erwirbt also nach § 870 BGB. der Zessionar eines mittelbaren Besitzers durch die Abtretung des diesem zustehenden Herausgabeanspruches den mittelbaren Besitz, so muß analog ihn auch derjenige erwerben, welchem der mittelbare Besitzer unter Aufgabe seines eigenen Anspruches einen ausschließlichen gleichen Inhaltes in anderer Weise als durch Abtretung verschafft. Daraus folgt, daß der mittelbare Besitz in unserem Falle vom Absender auf den Empfänger übergegangen ist, dieser also schon vor der Aushändigung des Gutes selbst Besitz daran erworben hat.[60]

58) Das folgt aus § 435 HGB.

59) S. 345.

60) Abw. insbes. Lehmann-Ring, HGB. Band II., S. 337; Staub zu § 433 Anm. 6; v Hahn, Kommentar zum Allgem. deutschen HGB., Band II., S. 636; Cosack, HR. S. 398.

Die zerstörende Wirkung der Klagerhebung aus § 435 HGB. ist notwendig eingeführt worden zur Vermeidung des „unlösbaren Widerspruches". Sie steht in ihrer Art einzig da. Regeln, die zur weiteren Ableitung der sich aus ihr ergebenden Verhältnisse dienen könnten, fehlen, und da das Gesetz sie der Übergabe des Frachtbriefes völlig gleichstellt,[61] so wird anzunehmen sein, daß auch durch sie der gleiche Wechsel im mittelbaren Besitz herbeigeführt wird.

Ist ein Frachtbrief nicht ausgestellt, so ist die Klagerhebung der einzige Fall, in dem der Empfänger mittelbaren Besitz erwerben kann. Gelangt der Frachtvertrag ohne Anrufung des Gerichts zur Erfüllung, so geht auf ihn Besitz erst mit der Aushändigung des Gutes über. Im übrigen ändert sich nichts, da § 435 HGB. auf den Frachtbrief keinen Bezug nimmt.

Es muß zugegeben werden, daß eine gewisse Schwäche der zu diesem Resultate führenden Argumentation[62] darin besteht, daß sie sich auf eine Analogie stützt. Doch scheint mir die hier verwendete Hellwig'sche Analogie zur Zession bei der unleugbaren, auffälligen Übereinstimmung der Folgen einer Zession mit denen jener „Verschaffung" so außerordentlich naheliegend, daß ihre Berechtigung m. E. unbestreitbar ist.[63]

61) Vergl. Eger, Das deutsche Frachtrecht, Band 2, S. 99, Heckhausen S. 41.

62) Schröder tritt für seine Behauptung auf S. 44, daß durch Übergabe des Frachtbriefes „der Anspruch des Absenders auf Herausgabe des Gutes als an den Empfänger abgetreten gilt", keinerlei Beweis an

63) Abw. freilich Lehmann Band II S. 338. Er erachtet eine solche Analogie „als über die ratio von § 931 weit hinausgehend".

Viele Gegner des Satzes, daß durch Frachtbriefübergabe oder Klagerhebung aus § 435 der Besitz auf den Empfänger übergeht, bekämpfen ihn unter Hinweis auf die angeblich daraus entspringenden mißlichen Ergebnisse hinsichtlich des Verfolgungsrechtes (§ 44 KO.). Es mag deshalb auf diesen Punkt eingegangen werden, und zwar schon an dieser Stelle und nicht erst unten bei Erörterung der Eigentumsverhältnisse, da beim Verfolgungsrechte nur die Erlangung des Gewahrsams am Gute in betracht kommt und der Eigentumsübergang und die Zeit seines Eintrittes durchaus irrelevant ist.[64]

Nach § 44 KO. kann bei Distanzsendungen der Verkäufer (oder Einkaufskommissionär) an den Gemeinschuldner bereits abgesandte, von ihm noch nicht voll bezahlte Waren zurückfordern, sofern sie nicht schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens „an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind".

Lehmann,[65] Staub,[66] v. Sarwey-Boßert[67] und v. Hahn[68] erklären übereinstimmend, daß die Übergabe des Frachtbriefes nur obligatorische Wirkung habe und der Empfänger nur auf Grund eines besonderen Verwahrungsvertrages mit dem Frachtführer mittelbarer Besitzer des Gutes werden könne, und knüpfen hieran die Behauptung, daß demgemäß — von solchem ungewöhnlichen besonderen Vertrage abgesehen —

64) Staub im Exkurs zu § 382 Anm. 86.
65) Band II S. 337/38.
66) Zu § 433 Anm. 6 und im Exkurs zu § 382 Anm. 87.
67) Konkursordnung S. 210.
68) Band II S. 636.

dem Absender beim Konkurs des Empfängers das Verfolgungsrecht verbleibe. Damit ist folgender Gedanke ausgesprochen: Das Verfolgungsrecht des Absenders wird ausgeschlossen oder wenigstens eingeengt, wenn man in der Frachtbriefübergabe die Übertragung des Besitzes am Gute erblickt. Ist dies richtig, so muß durch den Besitzübergang bei der Frachtbriefübergabe mindestens einer der beiden Fälle herbeigeführt werden, in denen § 44 KO. dem Absender das Verfolgungsrecht versagt, es muß dadurch das am Ablieferungsorte angekommene Gut also entweder in den Gewahrsam des Empfängers oder einer anderen Person für ihn gelangen.

Daß sich die Begriffe Besitz und Gewahrsam nicht decken, daß Gewahrsam Detention ist und Sachen in dem Gewahrsam des Gemeinschuldners nur stehen, wenn sie sich in seinem unmittelbaren Besitze befinden, der erste jener beiden Ausnahmefälle mithin durch Frachtbriefübergabe nicht herbeigeführt wird, dürfte kaum bestritten werden.

Es bleibt noch der zweite Fall zu prüfen. Das Gut darf nicht am Ablieferungsorte angekommen und in den Gewahrsam eines anderen für den Empfänger gelangt sein, d. h. in den Gewahrsam eines Besitzmittlers[69] des Empfängers. Wenn nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte durch Übergabe des Frachtbriefes auf den Empfänger mittelbarer Besitz übertragen ist, so befindet sich nunmehr das Gut allerdings im Gewahrsam

---

69) Oder Besitzdieners; doch kommt dieser hier nicht in betracht, da, wenn der Frachtführer Besitzdiener des Empfängers ist, dieser schon durch die Übergabe des Gutes an den Frachtführer unmittelbarer Besitzer wird.

eines Besitzmittlers des Empfängers, nämlich des Frachtführers. Aber ist es in diesen Gewahrsam „gelangt", befindet es sich nicht schon längst in ihm? Der Zusammenhang der Stelle, daß das Gut „am Ablieferungsorte angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder eines anderen für ihn gelangt sein" muß, erfordert m. E. sinngemäß in jedem Falle einen Personenwechsel im Gewahrsam.

Es genügt also für die Charakterisierung des „anderen" nicht seine Bezeichnung als Besitzmittler[70] des Empfängers, sondern die Begriffsbestimmung des „anderen" ist dahin zu vervollständigen, daß er ein Stellvertreter[71] des Empfängers ist, der für diesen die Sache in Empfang nimmt.[72] So ergibt sich klar, daß der Frachtführer, auch wenn er durch Frachtbriefübergabe Besitzmittler des Empfängers wird, doch im Zweifel niemals die Stellung des „anderen" des § 44 KO. einnimmt.

Es wird also durch die Annahme eines Besitzüberganges bei Aushändigung des Frachtbriefes auch der zweite Fall nicht herbeigeführt, in dem die KO. dem Absender das Verfolgungsrecht versagt. Müßte nicht sonst im Seefrachtverkehre das Verfolgungsrecht stets nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte ausgeschlossen sein, wenn der Empfänger das Konnossement

---

70) Geschweige seine Beschränkung auf den Besitzdiener des § 855 BGB., welche Staub im Exkurs zu § 382 Anm. 87 behauptet.

71) Schröder S. 44.

72) Kohler, Konkursrecht, S. 173, der auch diese Begriffsbestimmung noch durch Aufstellung weiterer, hier nicht interessierender Erfordernisse einschränkt.

und damit den mittelbaren Besitz auf Grund des § 647 HGB. erhalten hat?[73] Auf das Verfolgungsrecht bleibt vielmehr der Besitzübergang bei Frachtbriefaushändigung oder der ihr gleichstehenden Klagerhebung aus § 435 HGB. ohne Einfluß, und deshalb ist eine Argumentierung gegen ihn unter Heranziehung des Verfolgungsrechtes m. E. unhaltbar.

b. Das Eisenbahnfrachtgeschäft.

Die gewöhnlichen Regeln des Frachtrechtes finden beim Eisenbahnfrachtgeschäfte unveränderte Anwendung, wenn kein Frachtbriefduplikat ausgestellt ist. Hat sich der Absender gemäß § 455 HGB. ein solches aushändigen lassen, so wird dadurch allein der Bestand der Rechte der betreffenden Personen noch nicht modifiziert. Wenn auch die Geltendmachung des Verfügungsrechtes dem Absender dadurch erschwert ist, daß die Eisenbahn seinen Anordnungen nur nachzukommen braucht, wenn er das Duplikat vorlegt, so behält er dieses Recht selbst doch unverändert weiter.

Zwar scheinen § 455 Abs. 2 HGB., § 64 2 VO. das Gegenteil zu besagen, aber „ihre Ausdrucksweise ist inkorrekt", wie sich aus VO. § 64, 4; 73, 2;[74] 65, 4 ergibt. § 64, 4 bestimmt, daß das Verfügungsrecht des Absenders im Falle des § 433 HGB. auch dann erlischt, wenn er das Duplikat hat; es erlischt also überhaupt erst durch

73) Staub selbst billigt dem Absender doch das Verfolgungsrecht noch zu, nachdem dem Empfänger ein Traditionspapier ausgehändigt ist; vergl. Exkurs zu § 382 Anm. 86 und Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes I 2 S. 717.

74) Hellwig, S. 493 Note 994.

die Übergabe des Frachtbriefes oder die Klagerhebung, folglich hat es bis dahin bestanden. In § 73, 2 heißt es ausdrücklich, daß der Absender unter gewissen Voraussetzungen „seinen Anspruch" geltend machen könne; er hat ihn also noch. Und § 65, 4 spricht dem Absender ausdrücklich das Verfügungsrecht zu, beschränkt nur unter gewissen Voraussetzungen seine Ausübung hinsichtlich der Änderung der Person des Empfängers oder des Ablieferungsortes.

Hat nun der Absender das Duplikat in seinen Händen behalten, so kann er es jederzeit vorlegen und damit sein Verfügungsrecht in vollem Umfange ausüben. Daß die Eisenbahn die Vorlegung verlangen kann, ist nur zu ihrer eigenen Sicherheit bestimmt. Denn sie muß vor der Befolgung der Anweisungen des Absenders sich vergewissern können, ob das Duplikat in die Hände des Empfängers gelangt ist, da dieser in solchem Falle einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Verfügung des Absenders entstehenden Schadens gegen die Bahn hat. Wenn das Duplikat zwar aus dem Besitze des Absenders, aber nicht in den des Empfängers gekommen ist, genügt daher auch für die wirksame Geltendmachung des Verfügungsrechtes die Zustimmung des Empfängers oder der Nachweis, daß er die Annahme des Gutes verweigere (VO § 73, 2). Denn alsdann kann er nach den Grundsätzen über Treu und Glauben einen Schadensersatzanspruch nicht erheben. Die Bahn braucht einen solchen dann nicht zu befürchten, und damit entfällt der Grund für den Ungehorsam gegenüber dem Absender.

Daraus, daß der Empfänger hier um seine Zustimmung angegangen wird, darf man demnach nicht

auf eine Mitberechtigung von seiner Seite schließen, vielmehr ist die Einholung seiner Zustimmung nur eine von den mehreren Möglichkeiten, durch die sich die Bahn gegen eine eventuelle Ersatzpflicht gegenüber dem Empfänger sichern kann. Glaubt sie auf andere Weise die Gewißheit zu haben, daß der Empfänger das Duplikat nicht besitzt, so kann sie auch ohne Anwendung dieser Vorsichtsmaßregeln den Anweisungen des Absenders Folge leisten.[75]

Eine wahre Umgestaltung in den Rechtsbeziehungen erfolgt erst dann, wenn der Empfänger das Duplikat erhalten hat.

§ 455 Abs. 2, Satz 1 HGB. gibt der Eisenbahn das Recht, den Anweisungen des Absenders unter Umständen ungehorsam zu sein, Satz 2 gibt dem Empfänger einen Schadensersatzanspruch gegen sie, wenn sie von diesem Rechte zu seinem Nachteile keinen Gebrauch macht, falls er das Duplikat besitzt Daraus folgt, daß die Bahn nicht nur das Recht, sondern bei Vermeidung der Verpflichtung zum Schadensersatze die Pflicht hat, unter solchen Umständen den Gehorsam zu versagen. Wenn die Bahn also pflichtgemäß handelt und der Empfänger das Duplikat besitzt, — und darüber kann sie ja auf Grund der oben erörterten Befugnis zur Gehorsamsverweigerung von dem Absender Aufschluß verlangen, wenn er sein Recht geltend machen will — so muß sie sich, ehe sie den Anweisungen des Absenders Folge leistet, Gewißheit verschaffen, ob der Empfänger für seinen eventuellen Schaden Ersatz zu fordern gedenkt, oder den

75) Über die bisherigen Ausführungen vergl. Staub S. 1559 und Hellwig S. 493 ff.

Absender völlig zurückweisen. Einer Pflicht entspricht auf der anderen Seite ein Recht. Der Empfänger hat also ein Recht darauf, beachtet zu werden, wenn er das Duplikat inne hat.

Der Absender kann demnach nicht mehr allein verfügen, sondern ist an die Mitwirkung des Empfängers gebunden. Erteilt er allein Anweisungen, so muß die Bahn ihn pflichtgemäß zurückweisen. Nur übereinstimmenden Anweisungen beider ist sie zum Gehorsam verbunden (s. § 73, 2 VO.).[76] Der Bahn gegenüber ist der Wille eines jeden von ihnen gleich maßgebend. Das Recht zu Verfügungen, das bisher dem Absender allein zustand, haben jetzt beide gemeinsam. Die Übergabe des Duplikates an den Empfänger bedeutet also die Einräumung des Mitverfügungsrechtes.[77]

In dem Verfügungsrechte inbegriffen ist das Forderungsrecht, das für den mittelbaren Besitz des Absenders begrifflich notwendig ist. Er hat es nicht verloren,[78] aber er kann es nicht mehr allein ausüben, er ist an die Mitwirkung des Empfängers gebunden. Denn steht diesem das Verfügungsrecht zu, so tut dies auch das Forderungsrecht. Damit tritt er nach den Ausführungen oben S. 50 auch in das Verhältnis der in § 868 BGB. erforderten Art zu der unmittelbar besitzenden Bahn ein, er erhält mittelbaren Besitz. Diesen

76) Es ist daher die Behauptung Staubs zu § 455 Anm. 2, daß „keiner von beiden verfügen könne, wenn der Adressat vom Absender das Frachtbriefduplikat ausgehändigt erhalten hat", nur so weit anzuerkennen, daß keiner von ihnen einzeln für sich verfügen kann.

77) Abw. Kurt Günther, Das Frachtbriefduplikat nach Eisenbahnfrachtrecht, Rostocker Inaug.-Diss. 1903 S. 38 oben.

78) Abw. Cosack, HR. S. 398.

hat auch der Absender, denn er hat ja sein Verfügungsrecht nicht verloren. Sie sind also beide zusammen mittelbare Besitzer, und zwar derart, daß keiner ohne den anderen seinen mittelbaren Besitz verwerten kann, d. h. sie sind mittelbare Mitbesitzer.

Der Empfänger erwirbt also beim Eisenbahnfrachtgeschäfte vor der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte durch die Erlangung des Duplikates Mitbesitz. Die Rechtslage nach der Ankunft des Gutes bestimmt sich nach den allgemeinen frachtrechtlichen Regeln. Mehr als den Mitbesitz erhält er aber durch das Duplikat nicht, es „begründet nicht einen selbständigen Anspruch auf Herausgabe, wie Ladeschein und Konnossement".[79]

2. Das Frachtgeschäft auf dem Wasserwege.

Konnossement und Ladeschein sind die Papiere, welche bei der dem Handelsrechte unterliegenden Versendung auf dem Wasserwege gewöhnlich ausgestellt werden. Wir unterscheiden das Seefrachtgeschäft und das Frachtgeschäft auf Binnengewässern, kurz Flußfrachtgeschäft genannt.[80] Die Einteilung beider in Charter- und Stückgüterverträge kann im Rahmen dieser Abhandlung außer betracht bleiben, ebenso wie die verschiedenen Arten anderer Papiere, deren Ausstellung beim Wassertransport neben jenen beiden vorkommt; denn dadurch wird ein Einfluß auf die Gestaltung der Besitz- und Eigentumsverhältnisse nicht ausgeübt. Die Bezeichnung der beteiligten Personen ist für das Flußfrachtgeschäft

79) BO. § 54 [6]. Schröder a. a O. S. 44.
80) Cosack, HR. S. 440.

die gleiche wie beim Landfrachtgeschäft, während bei dem Transport zur See der Absender Ablader, bezw. Befrachter, und der Unternehmer Verfrachter heißen

a. Das Seefrachtgeschäft.

α) ohne Ausstellung eines Konnossements.

Das Konnossement ist das dem Seefrachtgeschäfte eigentümliche Papier. Es wird auf Verlangen des Abladers vom Schiffer ausgestellt. Zwar scheint seine Ausstellung nach § 642 Abs. 1 HGB. jus cogens zu sein, doch kann der Ablader bei mangelndem Interesse sie ja dadurch nach Belieben verhindern, daß er den etwa ausgestellten Empfangsschein nicht herausgibt.

Ist ein Konnossement nicht ausgestellt, so unterliegt das Seefrachtgeschäft, so weit es hier Gegenstand unserer Untersuchung bildet, den Regeln des BGB. Denn auf die Bestimmungen des HGB., die in betracht kommen könnten, wird nicht verwiesen, wie dies im BSchG. geschieht. Sie sind also nicht heranzuziehen. Auch der Seefrachtvertrag bildet einen Vertrag auf Leistung an Dritte. Eine Bestimmung über ein selbständiges Recht des Dritten findet sich in ihm nicht. Der Rückschluß darauf „aus den Umständen, insbes. dem Zweck des Vertrages" ist nicht zulässig, weil sich sonst, wie bei der Post, der „unlösbare Widerspruch" Dambachs ergibt und ihm hier durch keine gesetzliche Bestimmung vorgebeugt wird, wie dies beim Landfrachtgeschäfte geschieht. Während der ganzen Versendung bleibt also der Ablader mittelbarer, der Schiffer unmittelbarer Besitzer, während der Empfänger erst mit der Übergabe des Gutes Besitz erwirbt.

β) Mit Ausstellung eines Konnossements

αα) Vor dessen Weiterbegebung.

Durch die bloße Ausstellung eines Konnossements wird an und für sich noch nichts geändert. Der Ablader behält alle seine Rechte, die er vorher hatte.[81] Aber jetzt liegt die Möglichkeit vor, daß durch Weitergabe des Konnossementes dem Schiffer neue Gläubiger mit selbständigen Rechten (§ 645 Abs. 1 HGB.) entstehen, deren Ansprüche er zu fürchten hat, wenn er den Anweisungen des Abladers zu ihrem Schaden Folge leistet.

Um sicher zu gehen, daß Dritte solche Rechte gegen ihn noch nicht erworben haben oder sie wenigstens nicht in Form von Schadensersatzansprüchen gegen ihn geltend machen können, braucht er den Anweisungen des Abladers nicht stets zu gehorchen (§ 659 HGB.). Ist daher ein Orderkonnossement[82] ausgestellt, bei dem ja, zumal nach längerer Umlaufszeit, die Inhaber der darin verbrieften Rechte schwer aufzufinden sind und noch jeden Augenblick neue Gläubiger entstehen können,[83] so ist er dem Ablader nur zum Gehorsam verpflichtet, wenn ihm alle Exemplare zurückgegeben werden, während bei Ausstellung eines Namenskonnossements, wo der neue Gläubiger bekannt ist, der Nachweis genügt, daß er den Anweisungen des Abladers zustimme.[84] Die Lage ist also ganz analog

81) Hellwig, S. 501. Cosack, HR. S. 425.

82) Die in Deutschland nicht üblichen Inhaberkonnossemente übergehe ich. Vergl. Boyens-Lewis, Das deutsche Seerecht, Band II S. 318.

83) Lewis, Das deutsche Seerecht, 1883, Bd. 1 S. 410 Abs. 1.

84) Lewis, Band 1 S. 410 Abs. 3; Schaps, Das deutsche Seerecht, zu § 659 Anm. 4.

der beim Eisenbahnfrachtgeschäft, wenn ein Duplikat ausgegeben ist.

Zwar können Dritte auch auf andere Weise als durch Begebung des Konnossements, nämlich durch Abtretung seitens des Abladers die Rechte aus dem Frachtvertrage gegen den Schiffer erwerben; dann wird dieser aber den Zessionaren „gegenüber liberiert, wenn er in Unkenntnis der Zession sich mit dem Rechtsurheber eingelassen hat" (BGB. § 407/8) [85] Im folgenden soll auf die Möglichkeit, die Rechte aus dem Frachtvertrage durch Zession zu übertragen, nicht eingegangen werden, weil die dadurch geschaffene Lage den gewöhnlichen Regeln des bürgerlichen Rechtes unterliegt. Besondere Folgen treten nur ein, wenn der Zessionar das Konnossement erhält, ohne dadurch die Rechte aus ihm zu erwerben. Darauf ist unten zurückzukommen.

Die bloße Ausstellung des Konnossements hat also nur die eben geschilderte „negative Folge", [86] welcher in gleicher Weise wie der Ablader, der erste Inhaber des Verfügungsrechtes, jeder unterliegt, der dies etwa im Laufe der Beförderung erwirbt. Der Bestand der durch den Frachtvertrag begründeten Rechte ändert sich erst, wenn das Konnossement an eine dritte Person weitergegeben wird; [87] vorher ist er derselbe, als wäre gar kein Konnossement ausgestellt.

---

85) Hellwig, S. 502; Lewis, Band 1 S. 410 Abs. 3.
86) Hellwig, S. 501.
87) Lewis, Band 1, S. 381.

ββ) Nach Weiterbegebung des Konnossements,

ααα) an einen dadurch Legitimierten.

Erhält jemand das Konnossement, der dadurch nach § 645 Abs. 2 HGB. zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, also entweder der benannte Empfänger oder der Indossatar des Empfängers, Abladers oder Schiffers,[88] so tritt eine Umgestaltung in folgender Weise ein.

Ist ein Namenskonnossement ausgestellt, so erwirbt mit dessen Übergabe der darin benannte Empfänger die Rechte an dem Frachtgute selbst gemäß § 647 HGB. Danach soll die Übergabe des Konnossements[89] die gleichen Wirkungen haben, wie die Übergabe des Gutes selbst. Wenn der Inhaber des Konnossements dieses nicht herausgibt und seine Zustimmung versagt, so kann das Verfügungsrecht über das Gut nicht ausgeübt werden (§ 659 Abs. 4). Es steht also auch ihm zu, der gleichen Ableitung zufolge, die oben dasselbe Resultat für den das Duplikat besitzenden Empfänger eines Eisenbahnfrachtgutes ergab.

Aber auch hier nur neben dem Absender und mit ihm zusammen? Das Verfügungsrecht des Absenders

88) Schaps, zu § 645 Anm. 2, zählt auch den Zessionar beim Namenkonnossemente zu den legitimierten Konnossementsinhabern, m. E. mit Unrecht, da an den Zessionar das Gut nicht „nach dem Konossemente" ausgeliefert werden soll (§ 645 Abs. 2 HGB.). Vergl. Boyens, Band II S. 326.

89) Daß der formell legitimierte Inhaber des Konnossements es im guten Glauben hinsichtlich der materiellen Legitimation seines Vormannes erworben hat, wird im Folg. vorausgesetzt, da ihm nur dann die Rechte aus ihm zustehen (§ 365 Abs. 1 HGB.; Art. 36, 74 WO.). Ausführliche Begründung hierfür bei Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, S. 41.

erlischt bei jeder Art von Versendung notwendigerweise spätestens mit der Aushändigung des Gutes an den Empfänger; denn dadurch gibt der Unternehmer, gegen den es sich allein richtet, seiner im Beförderungsvertrage übernommenen Ablieferungspflicht entsprechend jegliche Beziehung zu dem Gute auf. Da nun der Empfänger nach § 647 durch die Übergabe des Konnossements an ihn in die gleiche Rechtslage tritt, in die ihn die Übergabe des Gutes versetzen würde, nach letzterer seine Beschränkung durch die Existenz eines Verfügungsrechtes des Absenders neben ihm aber ausgeschlossen ist, erlischt das Verfügungsrecht des Absenders auch mit der Aushändigung des Konnossements an den Empfänger.[90] Damit geht ihm auch das Forderungsrecht und folglich der mittelbare Besitz verloren. Der Empfänger, der das Konnossement erhält, erwirbt damit also das ausschließliche Verfügungsrecht und hierdurch zugleich den mittelbaren Besitz. Denn daß die Fähigkeit, mittels Konnossements über ein Gut zu verfügen, einen besonderen Fall des mittelbaren Besitzes enthält, folgt aus den §§ 397, 421, 440 HGB.

Dabei ist es gleichgültig, ob das Gut schon am Bestimmungsorte angekommen ist oder der Transport noch andauert, sofern es nur überhaupt schon zur Beförderung übernommen ist (§ 647).[91] Auch macht es keinen Unterschied aus, ob das Namenkonnossement in einem oder mehreren Exemplaren ausgestellt ist; denn die Legitimation nach § 645 Abs. 2 und damit die Befähigung zum Erwerbe der Rechte nach § 647 verleiht

90) Lewis, Band 1 S. 381.
91) Schaps, zu § 647, Anm. 4.

es seinem Inhaber doch nur, wenn dieser der darin benannte Empfänger ist; und für diesen reicht die Innehabung auch nur eines Exemplares völlig aus.

Wichtig wird dieser Unterschied dagegen beim Orderkonnossemente. Ist dies in nur einem Exemplare ausgestellt, so erlangt dessen dadurch legitimierter Inhaber genau dieselbe Stellung zu dem Gute wie der Empfänger, der ein Namenkonnossement besitzt. Auch er erhält das ausschließliche Verfügungsrecht, ebenfalls schon während des Transportes (§ 659 Abs. 1), und den mittelbaren Besitz (§§ 647, 645 Abs. 2). Ist dagegen mehr als ein Exemplar eines Orderkonnossementes ausgegeben, so können mehrere Personen auf Grund des § 647 in gleiche rechtliche Beziehung zum Gute treten. Der Fall, daß sich sämtliche Exemplare in der Hand eines durch sie legitimierten Inhabers befinden, bietet keine Besonderheit; hier ist die Lage ebenso, als wäre nur ein Exemplar ausgestellt.[92]

Treten mehrere Inhaber von Konnossementsexemplaren auf, welche durch dieselben legitimiert werden, so steht ihnen während der Dauer des Transports allen das Verfügungsrecht über das Gut gemeinsam zu, denn keiner kann es ohne den anderen, wohl aber mit ihm ausüben (§ 659 Abs. 2).[93] Jeder von ihnen kann also den nach § 647 erworbenen mittelbaren Besitz nur gemeinsam mit den anderen verwerten; demnach sind sie alle zusammen Mitbesitzer, wie es der Absender und der das Duplikat besitzende Empfänger einer Eisenbahn-

92) Cosack, HR. S. 426c.

93) Abw. Cosack, HR. S. 425b. Wie der Text Boyens Band II S. 327 in der Anm.

frachtsendung waren (oben S. 60/62). Nach der Ankunft des Gutes im Löschungshafen endet aber die Gemeinsamkeit ihres Verfügungsrechtes; denn jeder von ihnen kann ohne Mitwirkung der anderen die Herausgabe des Gutes an sich allein verlangen (§ 645 Abs. 1) Damit endet auch ihr Mitbesitz.

Es müßte nunmehr jeder selbständiger mittelbarer Besitzer werden. Da aber eine compossessio plurium in solidum begrifflich unmöglich ist, so tritt jetzt vielmehr ein Schwebezustand ein. Und zwar erst jetzt; nicht schon von dem Zeitpunkte ab, wo mehrere Konnossementsinhaber vorhanden sind, wie Goldschmidt[94] und Schmidt-Scharff[95] trotz der sonst zwischen ihnen bestehenden Meinungsverschiedenheiten übereinstimmend behaupten. War vorher der Schiffer Besitzmittler aller legitimierten Konnossementsinhaber gewesen, so besitzt er jetzt nur für einen.

Nach der Theorie Goldschmidts[96] ist dies der berechtigte Inhaber des rechtlich als eine Einheit geltenden Konnossementes; die Berechtigung aber soll sich — angeblich anomalerweise zur Vermeidung praktischer Schwierigkeiten[97] — nach der Prävention bei der Auslieferung oder der Priorität der Begebung richten. Die Frage nach der Persönlichkeit des berechtigten Konnossementsinhabers wird also aus §§ 648, 649 HGB. beantwortet.[98] Diese beiden Paragraphen aber enthalten

94) Band 1, Abt. 2 S. 721 f. Vergl. Schaps zu § 647 Anm. 2 am Ende.

95) Das Warenpapier beim See- und Binnentransport, Göttinger Inaug. Diss., 1887, S. 34.

96) Band 1 Abt 2 S. 730. Vergl auch Cosack HR. S. 428.

97) Schmidt-Scharff S. 34.

98) Schaps zu § 647 Anm. 2 am Ende.

Bestimmungen darüber, wer schließlich wirksam das Gut vom Schiffer ausgehändigt erhält. Daraus folgt: der während der Dauer des Schwebezustandes besitzende „berechtigte Konnossementsinhaber" ist derjenige, welcher durch erfolgreiche Geltendmachung seines Forderungsrechtes den unmittelbaren Besitz am Gute erwirbt. Damit ist die Brücke geschlagen von der Theorie Goldschmidts zu der Schmidt-Scharffs.

Zwar kann man der Formulierung des letzteren,[99] daß der „schließlich forderungsberechtigte Konnossementsinhaber" Besitzer in der Schwebezeit sei, nicht beitreten, weil es an „schließlich Forderungsberechtigten" eine ganze Anzahl gibt und wir so wieder auf eine compossessio plurium in solidum hinauskämen. Aber er selbst präzisiert[100] seine Theorie dahin, daß „schließlicher forderungsberechtigter Konnossementsinhaber derjenige ist, der die Auslieferung erlangt . . . ." Wenn auch diese Ausdrucksweise verfehlt ist, so ist doch der Gedanke festzuhalten.[101] Der mittelbare Besitzer während der Dauer des Schwebezustandes ist also der erfolgreich unmittelbaren Besitz erwerbende forderungsberechtigte Konnossementsinhaber.

Macht einer vor allen anderen sein Forderungsrecht mit Erfolg geltend, so ist er es selbst (§ 648). Erheben

99) S. 31.

100) S. 34.

101) Der von Glünicke in Goldschmidts Zeitschrift Band 35, S. 318 erhobene Einwand gegen Schmidt-Scharffs Theorie, daß nach ihr der letzte Konnossementsinhaber während der ganzen Reise durch den Schiffer den Besitz erlangt haben muß, obwohl er vielleicht erst kurz vor Beendigung der Reise das Konnossement erworben hat, wird durch die Verlegung des Anfanges des Schwebezustandes in den Zeitpunkt der Ankunft des Gutes im Löschungshafen ausgeschaltet.

dagegen mehrere Inhaber gleichzeitig den Anspruch auf Herausgabe, ohne sich vorher zu einigen,[102] so hinterlegt der Schiffer das Gut und überläßt es der Entscheidung der Konnossementsinhaber unter sich oder des Gerichtes, bei welchem von ihnen sich der mittelbare Besitz in unmittelbaren verwandeln soll (§ 646). Sind nun alle Konnossementsexemplare der Inhaber, welche den Herausgabeanspruch erhoben haben, von dem gemeinsamen Vormanne gleichzeitig weitergegeben worden, so wird das Gut ihnen allen zusammen ausgehändigt;[103] sie waren mittelbare, werden nun unmittelbare Mitbesitzer. Wie sich die weitere Ordnung der Besitzverhältnisse unter ihnen gestaltet, gehört in diese Abhandlung nicht hinein, denn die Versendung ist mit der Auslieferung des Gutes an die empfangsberechtigten Personen beendet. — Wenn dagegen ein Konnossementsexemplar von dem Vormanne vor den anderen in Umlauf gesetzt ist, so hat dessen Inhaber ein besseres Forderungsrecht als die anderen (§ 649), er erhält das Gut ausgehändigt, hatte allein mittelbaren und erwirbt allein unmittelbaren Besitz.

Hat sich auf diese Weise der Schwebezustand geklärt, so ergibt sich gleichzeitig, daß der Besitz der leer ausgehenden Konnossementsinhaber schon mit der Ankunft des Gutes im Löschungshafen erloschen war.

β33) an einen durch das Konnossement nicht Legitimierten.

Befindet sich das einzige Exemplar eines Orderkonnossements in den Händen einer Person, die zwar

102) Boyens, Band II S. 321 in fine.
103) Boyens, Band II S. 328.

durch seinen Besitz nicht für § 647 legitimiert wird, ihn aber rechtmäßig erworben hat,[104] so kann der Ablader nur mit ihr zusammen über das Gut verfügen gemäß § 659 Abs 1. Den Anweisungen, die der Ablader allein dem Schiffer erteilt, ist dieser dem Inhaber des Konnossements gegenüber zum Ungehorsam verpflichtet (§ 659 Abs. 3). Die gleiche Schlußfolgerung, auf Grund deren oben dem das Duplikat besitzenden Empfänger einer Eisenbahnfrachtsendung das Mitverfügungsrecht und der mittelbare Mitbesitz zugesprochen werden mußte, führt hier zu demselben Ergebnisse bezüglich des rechtmäßigen, formell nicht legitimierten Inhabers eines Orderkonnossementes. Den Mitbesitz behält er, bis er unmittelbaren Besitz erwirbt. Der unrechtmäßige Inhaber eines Orderkonnossementes erhält aber weder das Mitverfügungsrecht noch den Mitbesitz, obwohl auch ohne seine Mitwirkung der Ablader sein Verfügungsrecht nicht ausüben kann; denn ihm gegenüber trägt der Schiffer keine Verpflichtung.

Für das Namenkonnossement kommt ein dadurch nicht legitimierter Dritter nicht in betracht, da er gegenüber dem Schiffer kein Recht auf Beachtung seines Willens hat, vielmehr die Herausgabe des von ihm detinierten Konnossementes durch die Einwilligung des Empfängers ersetzt werden kann (§ 659 Abs. 4).

Befindet sich eins der mehreren Exemplare eines Orderkonnossementes in den Händen einer Person, die es zwar rechtmäßig erworben hat, ohne doch dadurch

104) Es kann dies ein Zessionar des Inhabers des Verfügungsrechtes sein, der sich gegen willkürliche Verfügung über das Gut durch Aushändigung des Konnossement sichern läßt.

zur Empfangnahme des Gutes legitimiert zu sein, so tritt sie ebenso wie der nicht formell legitimierte Inhaber eines nur in einem Exemplare ausgestellten Orderkonnossementes in den Mitbesitz des Gutes ein, der allen nach § 645 legitimierten Inhabern von Konnossementsexemplaren vor der Ankunft im Löschungshafen zusteht. Dieser Mitbesitz endet mit der Ankunft, und damit hört der mittelbare Besitz des nicht formell legitimierten Inhabers überhaupt auf. Denn da er aus § 647 kein Recht erhält, bleibt seine Person bei der Weiterentwicklung der Verhältnisse völlig aus dem Spiele. Hatte er den Besitz des Konnossementes nicht rechtmäßig erlangt, so erwarb er während des Transportes auch hier keinen Mitbesitz.

b. Das Flussfrachtgeschäft.

Ganz analog denen des Konnossementes sind die Wirkungen, welche ein beim Flußfrachtgeschäfte vom Frachtführer dem Absender ausgestellter Ladeschein auf die Verhältnisse der beteiligten Personen ausübt. Hier bleiben jedoch die Komplikationen aus, welche die Möglichkeit mit sich bringt, ein Konnossement in mehreren Exemplaren auszustellen. Denn nirgends, weder im HGB. noch im BGB., ist die Rede von mehreren Exemplaren eines Ladescheines. Daher wird angesichts der ausführlichen Regelung, die für das Konnossement hinsichtlich der Ausstellung in mehreren Exemplaren getroffen ist, anzunehmen sein, daß der Ladeschein nur in einem Exemplar ausgestellt werden kann.[105]

105) Die Ausdrucksweise Cosacks HR. S. 440 II läßt Zweifel aufkommen.

Ist ein Ladeschein nicht ausgestellt, so finden hinsichtlich der hier zu erörternden Beziehungen die einschlägigen Regeln des Landfrachtrechtes entsprechende Anwendung (§ 26 BSchG.). Der Empfänger erhält also aus dem Frachtvertrage ein befristetes, widerrufliches Recht, das nach der Ankunft am Bestimmungsorte in Wirksamkeit tritt und durch die Übergabe des Frachtbriefes oder die Klagerhebung ausschließlich und unabhängig wird. Damit wird auch hier der Empfänger mittelbarer Besitzer.

Durch die Ausstellung des Ladescheins tritt zunächst auch hier nur jene „negative Folge" ein, wie bei der Ausstellung des Konnossementes und des Frachtbriefduplikates (§ 447 Abs. 3 HGB.). Eine Umgestaltung der rechtlichen Beziehungen erfolgt erst, wenn er in die Hand einer dritten Person gerät. Wird diese zur Empfangnahme des Gutes legitimiert, ist sie also beim Namenladeschein der benannte Empfänger, der letzte Indossatar beim Orderladeschein (§ 447 Abs. 1 HGB.), so erwirbt sie mit der Übergabe des Ladescheines schon während des Transportes das Verfügungsrecht über das Gut und den mittelbaren Besitz, den sie nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte aus eigenem Rechte in den unmittelbaren verwandeln kann (§§ 447 Abs. 2, 450, 435 HGB.). Ist der Ladeschein in die Hand jemandes gelangt, der durch ihn nicht nach § 447 Abs. 1 legitimiert wird, so erwirbt dieser Mitbesitz, vorausgesetzt, daß er rechtmäßig in den Besitz des Ladescheines gelangt ist; denn anderenfalls ist der Frachtführer ihm gegenüber nicht verpflichtet (§ 447 Abs. 3). Die Begründung der für den Ladeschein aufgestellten Sätze ergibt sich

durch entsprechende Übertragung der bei Behandlung des Konnossements entwickelten einschlägigen Deduktionen. Es kann deshalb auf sie verwiesen werden.

B.

Der Eigentumserwerb im Falle der Versendung.

I. Im allgemeinen.

Wenn der Eigentumserwerb im Falle der Versendung untersucht werden soll, so ist es selbstverständlich, daß nur der derivative, nicht der originäre in betracht kommen kann. Es ist also im Folgenden nur von dem Eigentumserwerbe durch Übertragung zu handeln, der eng mit dem Stande der Besitzverhältnisse an der zu übereignenden Sache verknüpft ist. Für die Versendung ist ein Ortswechsel der Sache, deren Eigentum übertragen werden soll, begrifflich notwendig. Es scheiden also die Fälle der brevi manu traditio (§ 929 Satz 2 BGB.) und des constitutum possessorium (§ 930) aus unserer Betrachtung aus; denn hier verbleibt die Sache auch nach dem Eintritte des Eigentumswechsels in der Hand des vorherigen Besitzers. Es bleibt also die Tradition (§ 929 Satz 1) und die Abtretung des Herausgabeanspruches (§ 931).

Zur Übereignung ist ein Vertrag zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer unerläßlich: Die „Einigung", von der das Gesetz sowohl im § 929 Satz 1 wie im § 931 spricht, ist der abstrakte, dingliche Vertrag, in dem die Parteien den übereinstimmenden Willen kund geben müssen, daß Eigentum übergehen solle. Ihm wird gewöhnlich ein obligatorischer Vertrag zu Grunde liegen, auf welchen hin der Veräußerer zur Übertragung des Eigentums verpflichtet wird, also entweder ein Kauf, ein Tausch, eine Schenkung oder ein Darlehn. Doch ist die Einigung von seinem rechtsgiltigen Zustandekommen grundsätzlich unabhängig.

Zwei Momente also sind hauptsächlich zur Herbeiführung des Eigentumserwerbes nötig: die Übertragung des mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes und die Einigung. Der Erwerber erhält das Eigentum erst in dem Augenblicke, wo beide zusammentreffen. Hinsichtlich seines Eintrittes im konkreten Falle werden sich also zwei verschiedene Fälle unterscheiden lassen, je nach dem, ob die Einigung der Besitzübertragung vorausgeht oder ihr nachfolgt. Damit Einigung und Besitzübertragung aber Eigentum verschaffen, ist ferner noch das Vorhandensein gewisser Eigenschaften in der Person des Erwerbers und in der zu übereignenden Sache erforderlich: Diese darf keinem ihrer früheren Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sein, und der Erwerber muß sich ohne grobe Fahrlässigkeit in dem Glauben befinden, der Veräußerer sei der Eigentümer der Sache, oder er sei, falls er Kaufmann ist, wenigstens zur Verfügung über sie befugt (BGB. §§ 932, 934, 935; HGB. § 366). Diese beiden rein tatsächlichen

Voraussetzungen müssen in den folgenden Ausführungen als erfüllt gelten, da sonst alle Tätigkeit der Parteien zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges schlechthin vergeblich ist.[106]

II. Die Einigung ist vor Beginn der Versendung erfolgt.

Wenn die Einigung zwischen den Parteien erfolgt ist, bevor der Gegenstand der Übereignung in den Besitz des Erwerbers gelangt, geht der Übergang des Eigentums in dem Momente vor sich, wo der Erwerber den Besitz erhält. Dieser Fall wird im praktischen Leben gewöhnlich nur bei der Übereignung inter praesentes vorkommen und bei der Versendung verhältnismäßig selten sein, weil bei dieser die Einigung alsdann ausdrücklich erfolgen muß, während sie meist stillschweigend geschieht. Denn aus dem bloßen Zustandekommen des obligatorischen Vertrages, auf Grund dessen die Versendung zwecks Übereignung vor sich geht, darf man noch nicht auf die Perfektion des dinglichen schließen; davon wird unten näher zu handeln sein. Wenn der Gegenstand nicht unmittelbar nach der Eingehung des

106) Staub behauptet, HGB. Anm. 10, zu § 365, daß der gutgläubige, formell legitimierte Erwerber eines Konnossementes, dem es dominii transferendi causa übergeben ist, Eigentum an dem Gute erhalte, auch wenn dieses furtiv sei; eine Ansicht, die von Hellwig S. 514 und von Lehmann, Note 3 zu § 365 abgelehnt und von Jacobi a. a. O. S. 302/303 schlagend widerlegt wird.

obligatorischen Vertrages ausgehändigt wird, wird vielmehr regelmäßig die Einigung als noch nicht erfolgt anzusehen sein.

Sind Erwerber und Veräußerer also hinsichtlich des Eigentumsüberganges einig geworden, und sendet der letztere durch seinen Boten die betreffende Sache jenem zu, so erwirbt der Empfänger durch die Aushändigung das Eigentum. Läßt andererseits der Erwerber die Sache durch seinen Boten von dem Veräußerer abholen, so ist mit deren Übergabe an den Boten nach § 929 Satz 1 der Eigentumsübergang vollendet. Denn infolge der Empfangnahme durch den Boten hat er unmittelbaren Besitz erworben, da ja nach dem früher gewonnenen Resultate Bote beim Besitzerwerbe nur ein Besitzdiener sein kann und folglich der durch einen Boten erworbene Besitz ein unmittelbarer ist. Mithin ist auch der einzige Fall der Eigentumsübertragung unter Verwendung eines Boten der, daß der Bote Besitzdiener ist.

Erfolgt die Übermittlung durch die Post, so erlangt der Empfänger das Eigentum, sobald die Post ihm die Sendung aushändigt, in gleicher Weise bei allen Bring- und Holsendungen, da er erst dadurch Besitzer wird.[107]

Wenn der Veräußerer das zu übereignende Gut einem Frachtführer zur Beförderung übergeben hat und diesem ein Frachtbrief ausgestellt ist, so geht der Besitz und damit das Eigentum schon mit der Übergabe des Frachtbriefes oder der Klagerhebung aus § 435 HGB. auf den Empfänger über. Und zwar auf Grund des

---

107) Für letztere a. M. Schröder a. a. O. S. 42.

§ 931 BGB. Denn konnte jener Rechtsakt, durch den der Absender zwar sein Recht nicht dem Empfänger abtrat, aber ihm zu der ausschließlichen und unbeschränkbaren Befugnis verhalf, ein Recht gleichen Inhaltes selbständig geltend zu machen, die Abtretung des Herausgabeanspruches in § 870 ersetzen so ist dies auch in § 931 der Fall, der in der Theorie des Eigentumserwerbes die gleiche Stellung einnimmt, wie jener in der des Besitzerwerbes. — Ist ein Frachtbrief nicht ausgestellt, so erlangt der Empfänger mit dem Besitze auch das Eigentum erst durch die Aushändigung des Gutes selbst, vorher nur, mangels gütlichen Einvernehmens, durch die Klagerhebung.

Auf den Eigentumserwerb bleibt es ohne Einfluß, ob das Frachtgut durch einen gewöhnlichen Frachtführer befördert wird oder durch die Eisenbahn; auch dann, wenn ein Frachtbriefduplikat ausgestellt ist. Denn durch dessen Begebung wird der Empfänger zwar Mitbesitzer, aber erlangt „kein eigenes Recht auf Ablieferung des Frachtgutes“,[108] geschweige denn ein ausschließliches. Der soeben erwähnte Rechtsakt ist hier also nicht vorgenommen, ebensowenig eine Abtretung erfolgt, so daß § 931 keine Anwendung finden kann. Es greifen vielmehr die Regeln des gewöhnlichen Frachtrechtes ein.[109]

Wird im Seefrachtgeschäft ein Konnossement nicht ausgefertigt, so geht das Eigentum an dem beförderten Gute nach Maßgabe der Vorschriften des BGB. über, nach § 929 Satz 1 also erst mit der Aushändigung, sofern nicht eine Zession des Herausgabeanspruches

108) Cosack, HR. S. 398.
109) Ebenso Schröder, S. 45.

erfolgt (§ 931). Daran ändert sich nichts, wenn ein Konnossement zwar ausgestellt, aber nicht in den Besitz einer Person gelangt ist, die dadurch nach § 645 HGB. zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird. Erhält dagegen eine solche Person das einzige Exemplar oder eins der mehreren Exemplare eines Namenkonnossementes, so erwirbt sie damit gemäß § 647 HGB. das Eigentum an dem Gute. Denn diese Wirkung hätte nach § 929 Satz 1 BGB. die Übergabe des Gutes, da ja die Einigung erfolgt ist. Das Gleiche gilt für den Fall, daß ein Orderkonnossement in nur einem Exemplar ausgestellt ist, oder daß es zwar in mehreren Exemplaren ausgegeben ist, diese sich aber alle in der Hand eines und desselben dadurch Legitimierten befinden.

Erhalten dagegen mehrere Personen verschiedene Exemplare eines Orderkonnossementes derart, daß jeder von ihnen durch sein Exemplar legitimiert wird, so erwerben sie wie den Mitbesitz so auch das Miteigentum, vorausgesetzt, daß jedem sein Exemplar dominii transferendi causa übergeben wird,[110] und daß jeder von ihnen sich mit seinem Vormanne in Ansehung des Eigentumsüberganges geeinigt hat.[111] Dies Miteigentum endigt mit dem Mitbesitze in dem Augenblick der Ankunft des Gutes im Löschungshafen. Wer ist während des nun eintretenden Schwebezustandes Eigentümer? Entweder ist es derjenige Inhaber, der vor allen anderen sein Forderungsrecht gemäß § 646 HGB. geltend macht und mit dem Alleinbesitze auch das Alleineigentum erhält, weil in diesem Falle die aus der Konnossemens-

110) Hellwig, S. 509, Anm. 33 und Goldschmidt, S. 718.
111) Boyens, Band II S. 327.

übergabe erlangten Rechte aller anderen erlöschen, soweit sie seinem Alleineigentum widerstreiten (§ 648 HGB.). Oder es erhebt eine Mehrzahl vom Konnossementsinhabern gleichzeitig den Herausgabeanspruch. Dann hat derjenige unter ihnen, dessen Exemplar vom gemeinsamen Vormanne zuerst weitergegeben wurde, Alleinbesitz und Alleineigentum erworben, und die Rechte der anderen sind erloschen. Sind ihre Exemplare gleichzeitig weitergegeben, so besteht unter ihnen das Miteigentum weiter, und die übrigen scheiden aus. Ein nicht formell legitimierter Konnossementsinhaber kann durch die Aushändigung des Konnossementes kein Eigentum erhalten, da ihm der Rechtserwerb aus § 647 HGB. verschlossen ist.

Der Eigentumserwerb beim Flußfrachtgeschäft vollzieht sich nach den Regeln, die für das Landfrachtgeschäft gelten, falls ein Ladeschein nicht ausgestellt ist oder sich in der Hand eines durch ihn zur Empfangnahme nicht Legitimierten befindet. Anderenfalls erwirbt der Inhaber mit der Aushändigung analog den für den Konnossementsinhaber entwickelten Grundsätzen gleichzeitig Verfügungsrecht, Besitz und Eigentum, immer vorausgesetzt, daß die Übergabe dominii transferendi causa erfolgt ist.

III. Die Einigung ist der Versendung nicht voraufgegangen.

Wenn eine Einigung der Besitzübertragung nicht voraufgegangen ist, so ist weiter zu unterscheiden, ob gleichzeitig mit der Übergabe des Gutes eine Offerte

zur Eingehung des dinglichen Vertrages erfolgt oder nicht. Der letztere Fall ist aus unserer Betrachtung auszuscheiden, denn hier ist ein Eigentumsübergang schlechthin unmöglich, da von vornherein gar keine Gelegenheit zum Abschlusse des dinglichen Vertrages geboten wird. Sollte etwa nachträglich eine Einigung zu stande kommen, so geht das Eigentum zwar über, doch geschieht dies alsdann durch brevi manu traditio, und ein solcher Vorgang kann nicht mehr zu der Eigentumsübertragung im Falle der Versendung gerechnet werden.

Erfolgt zugleich mit der Übersendung des Gutes eine Offerte zur Einigung hinsichtlich des Eigentumsüberganges, so wird der Empfänger Eigentümer, sobald er den Besitz erhalten und die Offerte angenommen hat. Letzteres geschieht durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des animus dominii acquirendi. Das obligatorische Geschäft, auf Grund dessen die Übereignung erfolgen soll, kann schon vorher endgültig geschlossen sein, oder aber es erfolgt zusammen mit der dinglichen Offerte eine obligatorische. Ausdrücklich wird dabei gewöhnlich nur die obligatorische erklärt werden. Doch kann auch sie stillschweigend geschehen. Bei Briefsendungen wird z. B. meist auf ein Schenkungsangebot zu schließen sein, enthalten in der Adresse, die zugleich die Person bezeichnet, an die es gerichtet ist.

Sehr häufig wird indessen zweifelhaft bleiben, ob und was für eine Offerte der Absender zu machen beabsichtigt. Jedenfalls ist es regelmäßig so anzusehen, daß die stillschweigende dingliche nur für den Fall der Annahme der obligatorischen gewollt sein soll.[112] Dem

112) Dernburg, BR. Band 3 S. 281.

Falle, daß jemand die obligatorische Offerte ablehnen, die dingliche aber annehmen und so Eigentum erwerben könnte, ist somit vorgebeugt, während es sich von selbst versteht, daß niemand die obligatorische Offerte annehmen und die dingliche ablehnen wird. Vielmehr wird in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme der obligatorischen stets die stillschweigende der dinglichen zu sehen sein. Denn ebenso wie die Stellung der dinglichen Offerte wird auch deren Annahme regelmäßig stillschweigend erfolgen, häufig sogar, ohne daß sich die Parteien der Bedeutung ihres Verhaltens bewußt werden.

Erklärt aber muß die Annahme der dinglichen Offerte werden, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, da sonst der dingliche Vertrag nicht zu stande gekommen ist. Geht mir z. B. ein Gegenstand, bezüglich dessen ich einen Kaufvertrag geschlossen habe, während meiner Abwesenheit in meiner Wohnung zu, so werde ich vermöge meines animus generalis[113] Besitzer, Eigentümer aber erst, wenn ich davon erfahre und expressis verbis oder tacite meinen Eigentumserwerbswillen erkläre.

War nun in der Annahme der obligatorischen Offerte regelmäßig die der dinglichen zu sehen, so muß dies auch entsprechend für die Ablehnung gelten. Ist der obligatorische Vertrag schon vor der Vornahme der Versendung perfekt, so ist folgerichtig die Erklärung, an ihm nicht festhalten zu wollen, die der Empfänger bei Ankunft des Gutes abgibt, für eine stillschweigende Ablehnung der dinglichen Offerte zu halten. Denn daß beim Distanzkauf der Käufer, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, seinen etwaigen animus dominii acqui-

113) Frank, Der Besitzwille nach BGB. S. 17.

rendi geäußert habe, was doch zum Eigentumserwerbe unerläßlich ist, dafür bietet sich, falls nicht aus anderen positiven Anzeichen das Gegenteil folgt, im allgemeinen kein Anhalt, wenn er alsbald nach Empfang der Sendung seinem Kontrahenten ein Angebot zur Wandelung oder Minderung zukommen läßt, mag er die Sendung auch vorläufig in seinem unmittelbaren oder mittelbaren Besitze behalten. In dem Wandelungsantrage und der mit ihm gleichbedeutenden Stellung zur Disposition ist eine volle Ablehnung, in dem Antrage auf Minderung eine bedingte Annahme der dinglichen Offerte zu erblicken, wenn nicht etwa vorher schon sich ein animus dominii acquirendi manifestiert hat.

Es sendet nun jemand seinen Boten aus, um durch ihn Eigentum an einer Sache zu erwerben, mit deren jetzigem Eigentümer er sich in dieser Richtung noch nicht geeinigt hat. Ob das obligatorische Geschäft, auf Grund dessen die Übereignung erfolgen soll, schon perfekt ist oder auch erst durch den Boten geschlossen werden soll, kann außer Betracht bleiben. Hier handelt es sich nur darum, daß der Geschäftsherr durch seinen Boten Besitz erwirbt und den dinglichen Vertrag mit dem Veräußerer eingeht.

Der Bote ist Besitzdiener, da ja der durch einen Boten erworbene Besitz stets ein unmittelbarer sein muß. Der Besitz, der bei Verwendung eines Boten erworben wird, ist also der Besitz des Herren. Die Botenqualität hinsichtlich des Besitzerwerbes bestimmt sich, wie oben nachgewiesen wurde, ausschließlich nach dem inneren Verhältnis der Mittelsperson zu ihrem Herren ohne Rücksicht auf ihr äußeres Auftreten. Damit der Herr

Eigentümer wird, muß auch die von dem Boten vermittelte Einigung ihre Wirkung in der Person des Herren äußern. Erklärt der Bote ausdrücklich oder stillschweigend den animus dominii acquirendi seines Herren derart, daß er dabei unverkennbar als Bote fungiert, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dies eine Erklärung des Herren ist, die ihn allein bindet. Geriert sich die Mittelsperson aber nicht offenkundig als Bote, so wirkt doch die von ihr abgegebene Erklärung in der Person des Herren, wenn sie wenigstens als Vertreter auftritt. Wie ist aber die Sachlage, wenn ihr Auftreten garnicht erkennen läßt, daß sie für einen anderen tätig wird?

Nach der herrschenden Ansicht wirkt dann auf Grund des hier analog anzuwendenden § 164 Abs. 2 BGB die von dem Boten abgegebene Willenserklärung nicht unmittelbar für seinen Herren, sondern für ihn selbst. Zwischen dem Geschäftsherren und dem Veräußerer fände keine Einigung statt, das Eigentum ginge nicht auf den ersteren über. — Aber wenn er es auch nicht unmittelbar erhält, kann er es wenigstens von seinem Boten erwerben? Dann müßte der Bote selbst das Eigentum erlangt haben. Geeinigt hätte er sich ja mit dem Veräußerer, aber da er Besitzdiener ist, erhält er keinen Besitz. Ein Eigentumsübergang hätte also überhaupt nicht stattgefunden. Ein solches Resultat ist unleidlich, wird doch das selbständige Auftreten des Boten meist unbeabsichtigt sein. Soll wirklich ein Diener, der für seinen Herren eine Zeitung kauft, ausdrücklich sagen müssen, daß der Erwerb für seinen Herren geschieht, um einen Eigentumsübergang überhaupt nur möglich zu

machen? Aus der Unhaltbarkeit der Konsequenzen folgt die Notwendigkeit einer anderen Interpretation des § 164 Abs. 2.

Er ist dahin auszulegen, daß trotz des selbständigen äußeren Auftretens „gleichwohl der Vertretene und nicht der Vertreter die Rechte aus dem Vertrage erwirbt . . ., wenn der Dritte kein gegenteiliges erhebliches Interesse geltend machen kann, mit ihm kontrahiert zu haben;“ [114] nur damit ihm kein Schaden aus dem unvermuteten Kontrahieren mit einem Dritten erwachsen kann, soll „der Geschäftsgegner das Recht haben, das Geschäft des Handelnden als dessen eigenes anzusehen“. [115] Dem Dritten wird es aber normalerweise gleichgültig sein, auf wen das Eigentum übergeht. [116] Er könnte höchstens ein Affektionsinteresse geltend machen, und auf dies nimmt die Rechtsordnung garnicht oder doch nur in äußerst seltenen Fällen Rücksicht. [117] Es wirkt daher die vom Boten vorgenommene Einigung stets für seinen Herren, auch wenn seine Botennatur nicht äußerlich kenntlich wird.

Die selbstverständliche Voraussetzung ist hierfür, daß der animus dominii acquirendi bei dem Herren vorhanden ist und dieser den Boten zu der Erklärung autorisiert hat. Ausschlaggebend dafür, ob eine Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Herrn zustande gekommen ist, ist daher das innere Verhältnis zwischen diesem und der

---

114) Kuhlenbeck, das BGB., S. 112.

115) Eck, Vorträge über das Recht des BGB S. 179. Übereinstimmend auch Cosack, wenigstens für den Fall des Eigentumserwerbes, BR. Band 1 S. 220, Band 2 S. 118.

116) Fleck S. 375.

117) So z. B. § 343 Abs. 1 BGB.

Mittelsperson.[118] Da nun auch die Frage des Besitzerwerbes durch Boten nach diesem inneren Verhältnis entschieden werden mußte, so ist von dessen Bestehen der ganze Eigentumserwerb durch Verwendung eines Boten abhängig. Konnte man durch einen Boten Besitz nur erlangen, wenn er Besitzdiener des Geschäftsherren war, so ist dies auch der einzige Fall des Eigentumserwerbes durch einen Boten, wenn eine Einigung zwischen dem Herren und dem Veräußerer noch nicht im Voraus erzielt worden ist.

Erfolgt hier die Übereignung unter Zuziehung eines Boten des Veräußerers, so ergibt sich durch eine analoge Übertragung dieser Ableitung das entsprechende Resultat.

Hier in diesem Zusammenhange braucht für die eine räumliche Übermittlung bezweckenden Geschäfte der Post und die handelsrechtlichen Frachtgeschäfte der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges nicht näher ausgeführt zu werden. Es genügt der Hinweis auf die Ergebnisse, welche oben für den Fall gewonnen wurden, daß die Einigung der Versendung voraufgegangen war. Nur muß hier in dem Augenblicke, wo dort sich der Eigentumserwerb durch bloße Erlangung des Besitzes vollzog, noch die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Erwerbers hinzukommen, daß er die den übersandten Gütern beifolgende dingliche Offerte, und sofern deren Stellung von der Annahme einer obligatorischen abhängig gemacht ist, auch die obligatorische annehme.

118) Ebenso Fleck, S. 385, auf Grund einer anderen Ableitung.